VÓLIA BOMFIM CASSAR

Resumo de DIREITO DO TRABALHO

6.ª edição

Revista, atualizada e ampliada

- *Em consonância com a jurisprudência atualizada dos Tribunais Superiores*
- *Gráficos e quadros esquemáticos*

De acordo com a **Reforma Trabalhista** Lei 13.467/2017 e a MP 808/2017

gen | EDITORA MÉTODO

Resumo de
DIREITO DO
TRABALHO

O GEN | Grupo Editorial Nacional – maior plataforma editorial brasileira no segmento científico, técnico e profissional – publica conteúdos nas áreas de concursos, ciências jurídicas, humanas, exatas, da saúde e sociais aplicadas, além de prover serviços direcionados à educação continuada.

As editoras que integram o GEN, das mais respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas para a formação acadêmica e o aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e estudantes, tendo se tornado sinônimo de qualidade e seriedade.

A missão do GEN e dos núcleos de conteúdo que o compõem é prover a melhor informação científica e distribuí-la de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade e dão sustentabilidade ao crescimento contínuo e à rentabilidade do grupo.

VÓLIA BOMFIM CASSAR

Resumo de DIREITO DO TRABALHO

6.ª edição
Revista, atualizada e ampliada

gen | EDITORA MÉTODO

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – Printed in Brazil

Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa
Copyright © 2018 by
EDITORA FORENSE LTDA.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Rua Conselheiro Nébias, 1384 – Campos Elíseos – 01203-904 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770
faleconosco@grupogen.com.br / www.grupogen.com.br

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).
Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

Capa: Danilo Oliveira
Produção digital: Geethik

Fechamento desta edição: 20.02.2018

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C336r

Cassar, Vólia Bomfim

Resumo de direito do trabalho / Vólia Bomfim Cassar. – 6. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-309-8014-6

1. Direito do trabalho - Brasil. 2. Relações trabalhistas - Brasil. I. Título.

18-47786 CDU: 349.2(81)

“Destino não é uma questão de sorte, mas uma questão de escolha; não é uma coisa que se espera, mas que se busca.”

William Jennings Bryan

“Um pessimista vê uma dificuldade em toda oportunidade; um otimista vê uma oportunidade em toda dificuldade.”

Winston Churchill

“Aprendi que o sucesso é medido não tanto pela posição que alguém ocupa na vida, mas pelos obstáculos que teve que superar enquanto tentava triunfar.”

Booker T. Washington

“Para conhecermos os amigos é necessário passar pelo sucesso e pela desgraça. No sucesso, verificamos a quantidade e, na desgraça, a qualidade.”

Confúcio

“O ignorante afirma, o sábio duvida, o sensato reflete.”

Aristóteles

DEDICATÓRIA

Ao meu pai, Benedito Calheiros Bomfim (*in memoriam*), exemplo de probidade, retidão de caráter, senso de justiça e simplicidade. Ensinou-me como o trabalho dignifica e incentivou-me na vida acadêmica e literária. À minha mãe, Celi de Menezes Bomfim (*in memoriam*), demonstração incansável de perseverança, fé e coragem para enfrentar as dificuldades da vida e da morte. Exemplo de alegria e positividade.

Aos meus alunos, que me inspiram ao estudo e tanto me ensinam.

Ao meu marido, Fernando Cassar, com muito amor e carinho, aos meus filhos, Luana, amiga e motivo constante de orgulho e admiração, Lucas e Juliana, retratos de alegria e felicidade, Daniela (*in memoriam*), eterna saudade, e Pedro, meu primeiro neto e motivo de felicidade constante, pois esta obra é fruto das intermináveis ausências familiares que eles souberam compreender e suportar com muito amor e paciência.

AUTORA

- Desembargadora do Trabalho do TRT da 1ª Região – Rio de Janeiro.
- Doutora em Direito e Economia pela UGF.
- Mestre em Direito Público pela UNESA.
- Pós-graduada *lato sensu* em Direito do Trabalho pela UGF.
- Pós-graduada *lato sensu* em Processo Civil e Processo do Trabalho pela UGF.
- Professora do curso LFG e do Curso Forum.
- Autora de diversas obras jurídicas.

APRESENTAÇÃO

Este livro explora os principais temas de Direito Individual e Coletivo do Trabalho de forma resumida. Os assuntos foram escolhidos a partir da sua importância para as partes da relação de emprego, para os advogados e para o Judiciário. As nuances de cada corrente doutrinária, assim como as principais posições jurisprudenciais, foram apresentadas. Alguns exemplos foram destacados para facilitar a compreensão do tema.

A obra tem o objetivo de contribuir para o conhecimento dos interessados no Direito do Trabalho e, por isso, se destina aos estudantes de Direito, ao empregado, ao empregador, aos advogados e aos candidatos a concursos da área.

Críticas e colaborações são bem-vindas e devem ser enviadas diretamente para a autora em seu endereço eletrônico: voliabomfim@gmail.com.

PREFÁCIO

A professora e magistrada Vólia Bomfim Cassar ostenta, entre outros títulos, os de pós-graduação *lato sensu* em Direito do Trabalho pela UGF, pós-graduação *lato sensu* em Processo Civil e Processo do Trabalho pela UGF, mestrado em Direito Público pela UNESA e doutorado em Direito e Economia pela UGF. É autora de livros, dentre os quais, *Direito do Trabalho*, atualmente em 13ª edição, obra completa e das mais conceituadas sobre o tema, adotada em faculdades de Direito e cursos especializados em quase todo o país.

Na presente obra, a Profª Vólia, conhecida em quase todo o território nacional por suas magistrais aulas, transmitidas inclusive por via televisiva e pela internet, condensa, com rara felicidade, em pequeno volume, as mais de 1.300 páginas de seu já consagrado *Direito do Trabalho*, que, pela sua abrangência e completitude, é basicamente destinado a advogados, candidatos à magistratura, juízes, professores, bacharéis e a quantos querem se dedicar ou já são especializados na matéria.

Agora, neste seu *Resumo de Direito do Trabalho*, escrito de forma didática, objetiva, simples, concisa, direta, clara, como costumam ser suas aulas e trabalhos doutrinários, a autora sintetiza todo o assunto aprofundado no livro anterior. Explorando os principais temas de Direito Individual e Coletivo do Trabalho, a obra é direcionada a um público diferenciado, ou seja, estudantes de Direito, bacharéis, aos que lidam com recursos humanos, lideranças sindicalistas, alunos de cursos jurídicos, candidatos a Exame de Ordem, servindo, ainda, de roteiro nas aulas de professores.

Não se pode deixar de realçar a magnífica exposição que, em poucas páginas, em capítulo específico, a autora faz sobre fusão, incorporação, sucessão de empresas, grupos econômicos, consórcios, solidariedade trabalhista, globalização da economia, flexibilização das relações de trabalho, bem como sucessão de empregadores, e a precisa conceituação de cada um desses institutos no Direito laboral. São temas importantes e atuais que estão a merecer especial atenção e estudo, a respeito dos quais a autora discorre de maneira concisa, em linguagem acessível até aos menos versados em matéria jurídica.

Valorizado por um índice bem elaborado, é fácil prever que o livro terá excelente acolhida junto ao amplo público a que é destinado. Poucas são as obras de direito resumido com a qualidade da que ora tenho o prazer de prefaciar, e que vem ocupar um espaço de uma matéria pouco explorada, em benefício e proveito daqueles que dela precisam e por ela se interessam.

Rio de Janeiro, 2010.

Benedito Calheiros Bomfim
Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.
Ex-presidente da Associação Carioca de Advogados Trabalhistas.
Ex-presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros.
Ex-presidente do Conselho Federal da OAB.

NOTA À 6ª EDIÇÃO

A reforma trabalhista começou timidamente, com um projeto de poucos artigos, e se transformou numa radical mudança, não só da legislação trabalhista, mas também da estrutura do Direito do Trabalho, seus princípios e fundamentos.

O conteúdo da Lei 13.467/2017 desconstrói o Direito do Trabalho como conhecemos, contraria alguns de seus princípios, suprime regras benéficas ao trabalhador, prioriza a norma menos favorável ao empregado, a livre autonomia da vontade, o negociado individual e coletivamente sobre o legislado (para reduzir direitos trabalhistas), valoriza a imprevisibilidade do trabalho intermitente, a liberdade de ajuste, exclui regras de direito civil e de processo civil protetoras ao direito e processo do trabalho.

A sexta edição do *Resumo de Direito do Trabalho* foi revista e atualizada pela Reforma Trabalhista, isto é, pela Lei 13.467/2017 e pela MP 808/2017.

A obra continua resumida, porém está mais completa.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 – DIREITO DO TRABALHO

1. Trabalho
    1.1. Origem da palavra
    1.2. Definição
2. Direito do Trabalho
    2.1. Conceito
    2.2. Característica
    2.3. Divisão
    2.4. Fundamento
    2.5. Breve histórico mundial

CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIOS DE DIREITO DO TRABALHO

1. Introdução
2. Espécies
    2.1. Princípio da prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador
        2.1.1. Requisitos
    2.2. Princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador
    2.3. Princípio *in dubio pro misero* ou *in dubio pro operario*
        2.3.1. Requisitos
    2.4. Princípio da primazia da realidade
    2.5. Princípio da integralidade, intangibilidade e da irredutibilidade salarial
    2.6. Princípio da continuidade da relação de emprego
    2.7. Princípio da continuidade da empresa, ou da preservação da empresa, ou função social da empresa
    2.8. Princípio da inalterabilidade contratual *in pejus*
    2.9. Princípio da irrenunciabilidade e da intransacionabilidade
        2.9.1. Renúncias e transações previstas em lei ou toleradas pela jurisprudência
        2.9.2. Renúncias e transações trazidas pela Reforma Trabalhista, além da ampla flexibilização coletiva – L 13.467/2017.

CAPÍTULO 3 – REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

1. Relação de emprego – requisitos
    1.1. Pessoalidade
    1.2. Subordinação
    1.3. Onerosidade
    1.4. Natureza habitual ou não eventual
    1.5. Risco do negócio do empregador

1.6. Exclusividade

CAPÍTULO 4 – EMPREGADOS DOMÉSTICOS

1. Doméstico
   1.1. Enquadramento legal
   1.2. Continuidade
   1.3. Pessoa física ou família
   1.4. Atividade de natureza não lucrativa
   1.5. Âmbito residencial
2. Direitos

CAPÍTULO 5 – TRABALHADOR RURAL

1. Rural
2. Conceito e enquadramento legal
3. Propriedade rural e prédio rústico
4. Conceito de empregador rural
   4.1. Consórcio de empregadores rurais
   4.2. Grupo econômico rural
5. Trabalhadores rurais
   5.1. Contrato misto
6. DIreitos do trabalhador rural – LEI 5.889/73
   6.1. Peculiaridades do trabalhador rural e distinções
      6.1.1. Aviso prévio
      6.1.2. Intervalo interjornada
      6.1.3. Intervalo
      6.1.4. Horário e adicional noturno
      6.1.5. Safrista
      6.1.6. Utilidades
      6.1.7. Moradia
      6.1.8. FGTS, PIS e Salário-Família
      6.1.9. Insalubridade e periculosidade
      6.1.10. Discriminação à idade
      6.1.11. Prescrição parcial

CAPÍTULO 6 – EMPREGADOR

1. Empregador
   1.1. Empregador “por equiparação”
   1.2. Empresa e estabelecimento
2. Grupo econômico
   2.1. Conceito
   2.2. Grupo por subordinação e por coordenação
   2.3. Requisitos para a caracterização
   2.4. Solidariedade

3. Sucessão de empresários
    3.1. Conceito
    3.2. Transferência
    3.3. Provisória ou definitiva
    3.4. Título público ou privado
    3.5. Oneroso ou gratuito
    3.6. Sucessor continua explorando a mesma atividade-fim que o sucedido
    3.7. Desnecessária a continuidade da prestação de serviços do empregado
    3.8. O sucedido fica desonerado das dívidas trabalhistas após a sucessão

CAPÍTULO 7 – TERCEIRIZAÇÃO

1. Nomenclatura
2. Conceito
3. Divisão
4. Hipóteses legais
5. Responsabilidade do tomador e intermediador de mão de obra
    5.1. Tomador público
6. Estudo de alguns tipos de terceirização
    6.1. Terceirização geral – arts. 4º-A e seguintes da Lei 6.019/2014
    6.2. Trabalho temporário – Lei 6.019/74

CAPÍTULO 8 – ESPÉCIES DE CONTRATO

1. Contrato por Prazo Determinado
    1.1. Teoria geral
    1.2. Forma
    1.3. Hipóteses – art. 443 da CLT
    1.4. Duração e contagem
    1.5. Prorrogação e continuação
    1.6. Contrato por prazo determinado x estabilidades e suspensões contratuais
2. Contrato intermitente

CAPÍTULO 9 – DURAÇÃO DO TRABALHO

1. Fundamento
2. Jornada e horário de trabalho
    2.1. Jornada
    2.2. Horário de trabalho
    2.3. Duração do trabalho
3. Trabalho extraordinário
    3.1. Intervalo trabalhado
    3.2. Intervalo concedido parcialmente
    3.3. Trabalho além da jornada
    3.4. Compensação de jornada
    3.5. Limite de dez horas por dia

3.6. Limite de duas horas por dia
3.7. Forma
3.8. Prazo máximo
4. Contrato por tempo parcial
5. Excluídos do capítulo da duração do trabalho
5.1. Empregado de confiança que tenha padrão mais elevado de vencimentos
5.2. Função de confiança
5.3. Primeiro grupo – “Gerente”
5.4. Segundo grupo – “Gerentão”
5.4.1. Controvérsia
5.4.2. Percepção de gratificação de 40% ou majoração salarial correspondente a 40%
5.5. Terceiro grupo – Diretores
5.6. Empregados externos
5.6.1. Primeiro grupo
5.6.1.1. Trabalhador em domicílio
5.6.2. Segundo grupo
5.6.3. Terceiro grupo
5.6.3.1. Motoristas
5.6.4. Anotação na CTPS da condição de trabalhador externo
5.7. Teletrabalho
6. Valores dos adicionais de horas extras
7. Base de cálculo das horas extras
8. Controle de horário

CAPÍTULO 10 – SUSPENSÃO E INTERRUPÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

1. Conceito
2. Obrigações das partes durante a suspensão e interrupção contratual
2.1. Obrigações do empregador
2.2. Obrigações do empregado
3. Despedida injusta no curso da suspensão ou da interrupção
4. Hipóteses de suspensão
4.1. Serviço militar obrigatório
4.2. Encargos civis públicos
4.3. Mandato sindical
4.4. Suspensão disciplinar
4.4.1. Suspensão para responder a inquérito judicial
4.5. Diretor eleito de S/A
4.6. Greve – Lei 7.783/89
4.7. Auxílio-doença
4.8. Aposentadoria por invalidez
4.9. Licença-maternidade
4.10. Acidente de trabalho
4.11. Suspensão para curso

4.12. Trabalho intermitente
5. Hipóteses de interrupção

CAPÍTULO 11 – FÉRIAS

1. Conceito e fundamento
   1.1. Conceito
   1.2. Finalidade
2. Natureza jurídica
3. Período de férias e duração
4. Aquisição do direito
5. Férias proporcionais
   5.1. Cabimento
   5.2. Pedido de demissão e justa causa
6. Concessão das férias
   6.1. Período de concessão
   6.2. Forma de pagamento
   6.3. Terço constitucional
   6.4. Concessão fora do prazo
7. Época das férias
8. Fracionamento das férias
9. Proibição de trabalho para outro empregador
10. Comunicação das férias
11. Férias coletivas
12. Cessação do contrato de trabalho
13. Abono de férias

CAPÍTULO 12 – RSR E FERIADOS

1. Finalidade e visão histórica do instituto
2. Natureza jurídica
3. Direito
4. Atividades autorizadas a funcionar aos domingos / escala de revezamento
5. Trabalho em dia de repouso e feriado
6. Feriados
7. Remuneração do repouso semanal
   7.1. Comissionistas

CAPÍTULO 13 – SALÁRIO

1. Salário
   1.1. Conceito
2. Remuneração
   2.1. Conceito
   2.2. Elementos do salário
   2.3. Breves comentários às modificações trazidas pela Lei 13.467/2017 ao art. 457 da CLT

3. Salário-utilidade
    3.1. Conceito e requisitos
    3.2. Espécies e valor da utilidade
    3.3. Descontos
4. Gratificações
    4.1. Gratificação de função
    4.2. Gratificação natalina ou 13º salário
5. Adicionais
    5.1. Conceito
    5.2. Tipos
        5.2.1. Adicional noturno
        5.2.2. Adicional de hora extra
        5.2.3. Adicional de insalubridade e periculosidade
        5.2.4. Adicional de transferência
6. Prêmio
    6.1. Conceito
7. Ajuda de custo e diárias de viagem

CAPÍTULO 14 – DANO EXTRAPATRIMONIAL OU MORAL

1. Conceito de Dano
2. Indenização – Requisitos
    2.1. Dano
    2.2. Ato ilícito
    2.3. Nexo causal
3. Dano moral ou extrapatrimonial
4. Conceito

CAPÍTULO 15 – AJUSTE E FIXAÇÃO SALARIAL

1. Ajuste e fixação do salário
2. Valor do salário
3. Época e periodicidade do salário e do pagamento
4. Irredutibilidade, integralidade e intangibilidade do salário

CAPÍTULO 16 – IGUALDADE SALARIAL

1. Equiparação salarial
    1.1. Requisitos
    1.2. Contemporaneidade
    1.3. Mesmo empregador
    1.4. Identidade de atribuições
    1.5. Mesma localidade x Mesmo estabelecimento
    1.6. Diferença de tempo na função não superior a dois anos e quatro no emprego a favor do modelo
    1.7. Identidade de produtividade e perfeição técnica
    1.8. Inexistência de plano de cargos e salários com previsão alternada de promoção por antiguidadee/ou por

merecimento
1.9. Mesmo regime jurídico
1.9.1. Desnível salarial originado de sentença
1.10. Desnível salarial por discriminação sexo ou etnia
1.11. Impedimentos
1.12. Ônus da prova
2. Salário-substituição
2.1. Conceito e requisitos

CAPÍTULO 17 – EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

1. Causas
2. Extinções normais
2.1. Terminação antecipada do contrato a termo
3. Extinções anormais – espécies ou modos
3.1. Dispensa ou despedida
3.1.1. Conceito
3.1.2. Natureza jurídica
3.1.3. Modo e efeito
3.1.4. Requisitos
3.1.5. Direitos
3.2. Demissão
3.2.1. Conceito
3.2.2. Natureza jurídica
3.2.3. Modo e efeito
3.2.4. Requisitos
3.2.5. Direitos
3.3. Distrato e Contrato Intermitente

CAPÍTULO 18 – AVISO PRÉVIO

1. Conceito e regras gerais
2. Forma
3. Natureza jurídica
3.1. Trabalhado
3.2. Indenizado pelo empregador
3.3. Indenizado pelo empregado
4. Prazo e retratação
4.1. Contagem
5. Efeitos
5.1. Empregado urbano
5.2. Jornada reduzida ou dispensa do trabalho por sete dias
5.3. Jornada reduzida não concedida
5.4. Integração ao tempo de serviço do aviso prévio indenizado
5.5. Empregado rural

5.6. Doméstico
6. Aviso prévio proporcional
7. Contrato a termo
8. Contrato intermitente e distrato
9. Cabimento
10. Aviso prévio indenizado
11. Estabilidade
12. Parcelas que integram o aviso prévio indenizado
13. Justa causa

CAPÍTULO 19 – RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO – JUSTA CAUSA

1. Poder disciplinar
2. Punições disciplinares
   2.1. Advertência
   2.2. Suspensão
   2.3. Justa causa
   2.4. Tipos
   2.5. Requisitos para aplicação regular da justa causa
   2.6. Estudo de algumas faltas

CAPÍTULO 20 – ESTABILIDADE

1. Conceito
2. Classificação da estabilidade
   2.1. Quanto à forma
   2.2. Quanto à duração
   2.3. Quanto à forma extinção por despedida
   2.4. Quanto ao tipo
3. Reintegração
4. Espécies
   4.1. Estabilidade sindical
      4.1.1. Dirigente de associação profissional
      4.1.2. Dirigente sindical
      4.1.3. Requisitos para aquisição da estabilidade
      4.1.4. Exceções
   4.2. Estabilidade da gestante
      4.2.1. Conhecimento pelo empregador
      4.2.2. Conhecimento pela empregada
      4.2.3. Reintegração ou indenização
      4.2.4. Interrupção da gravidez
   4.3. Estabilidade – contrato a termo
   4.4. Doméstica
   4.5. Estabilidade do titular da CIPA
   4.6. Estabilidade do acidentado

4.7. Empregados excluídos
    4.7.1. Requisitos
4.8. Acidente de trabalho ou doença ocupacional
    4.8.1. Comunicação do acidente
    4.8.2. Cessação do auxílio-doença (acidentário)
    4.8.3. Alta médica
    4.8.4. Constitucionalidade do art. 118 da Lei 8.213/91
4.9. Comissão de empregados para fiscalização da distribuição e rateio das gorjetas
4.10. Representante dos empregados nas empresas com mais de 200 empregados

CAPÍTULO 21 – DIREITO COLETIVO

1. Introdução
2. Definição
3. Princípios
    3.1. Princípio da liberdade sindical
    3.2. Princípio da preponderância do interesse coletivo sobre o individual
    3.3. Princípio da autonomia coletiva ou poder de autorregulamentação
    3.4. Princípio da busca do equilíbrio social ou da paz social
    3.5. Princípio da adequação ou da adaptação
    3.6. Princípio do limite da negociação coletiva ou da adequação setorial negociada
    3.7. Princípio da boa-fé ou da lealdade entre os negociantes
    3.8. Princípio da intervenção obrigatória dos sindicatos
    3.9. Princípio da equivalência entre os negociantes
    3.10. Princípio da atuação de terceiros
4. Conceito
    4.1. Natureza jurídica e representação do sindicato
5. Condições e registro
6. Formas de custeio: contribuições sindicais
    6.1. Contribuição sindical (antigo imposto sindical – arts. 578 e 548, *a*, da CLT) ou contribuição anual obrigatória revogada pela Lei 13.467/2017
    6.2. Contribuição sindical assistencial ou estatutária
    6.3. Contribuição prevista em norma coletiva assistencial
    6.4. Contribuição confederativa
7. Convenção e acordo coletivo de trabalho
    7.1. Conceito
    7.2. Duração, pressupostos e validade
    7.3. Quórum
    7.4. Espécies de cláusulas coletivas
    7.5. Efeitos das cláusulas coletivas sobre o contrato de trabalho
    7.6. Peculiaridades do acordo coletivo
    7.7. Conflito entre acordo e convenção coletiva
    7.8. Legitimados
    7.9. Categoria e base territorial

8. Greve
    8.1. Conceito
    8.2. Origem da palavra
    8.3. Finalidade
    8.4. Suspensão do contrato de trabalho
    8.5. Requisitos
    8.6. Legitimidade
    8.7. Limitação do direito de greve
    8.8. Greve abusiva ou ilícita

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Outras referências

DIREITO DO TRABALHO

1. TRABALHO

1.1. Origem da palavra

Do ponto de vista histórico e etimológico, a palavra "trabalho" decorre de algo desagradável: dor, castigo, sofrimento, tortura. O termo "trabalho" tem origem no latim – *tripalium*, espécie de instrumento de tortura que pesava sobre os animais. Os nobres, os senhores feudais e os vencedores não trabalhavam, pois consideravam o trabalho uma espécie de castigo.

Com o passar do tempo, foram surgindo as variações, como *tripaliare* (trabalhar) e *trepalium* (cavalete de três paus usado para aplicar a ferradura aos cavalos).

1.2. Definição

Se no passado o **trabalho** tinha conotação de tortura, atualmente significa toda energia física ou intelectual empregada pelo homem com finalidade produtiva. Todavia, nem toda atividade humana produtiva constitui objeto do Direito do Trabalho, pois somente a atividade feita em favor de terceiros interessa ao nosso estudo, e não a energia despendida para si próprio.

Trabalho pressupõe ação, emissão de energia, despendimento de energia humana, física e mental, com o objetivo de atingir algum resultado.

2. DIREITO DO TRABALHO

2.1. Conceito

Direito do Trabalho é um sistema jurídico permeado por institutos, valores, regras e princípios dirigidos aos trabalhadores subordinados e assemelhados, aos empregadores, empresas coligadas, tomadores de serviço, para tutela do contrato mínimo de trabalho, das obrigações decorrentes das relações de trabalho, das medidas que visam à proteção da sociedade trabalhadora, sempre norteadas pelos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana. Também é recheado de normas destinadas aos sindicatos e associações representativas; à atenuação e forma de solução dos conflitos individuais, coletivos e difusos, existentes entre capital e trabalho; à estabilização da economia social e à melhoria da condição social de todos os relacionados.

2.2. Característica

A maior característica do Direito do Trabalho é a **proteção do trabalhador**, seja por meio da regulamentação legal das condições mínimas da relação de emprego, ou de medidas sociais adotadas e implantadas pelo governo e pela sociedade. Logo, seu principal conteúdo abrange o empregado e o empregador. Sob o aspecto do direito coletivo do trabalho, sua maior característica está na busca de soluções e na pacificação dos conflitos coletivos do trabalho, bem como nas formas de representação pelos sindicatos.

2.3. Divisão

O Direito do Trabalho divide-se em direito individual e direito coletivo. O **direito individual** caracteriza-se pela existência de uma relação jurídica cujos interesses são concretos, tanto dos trabalhadores quanto dos empresários, analisados de forma individual (de cada sujeito). Já o **direito coletivo** foca os interesses abstratos do grupo.

2.4. Fundamento

O Direito do Trabalho nasceu como reação ao cenário que se apresentou com a Revolução Industrial, com a crescente e incontrolável exploração desumana do trabalho. É produto da reação da classe trabalhadora ocorrida no Século XIX contra a utilização sem limites do trabalho humano.

O direito comum (civil), com suas regras privadas de mercado, não mais atendia aos anseios da classe trabalhadora, oprimida e explorada diante da explosão do mercado de trabalho ocorrida em virtude da invenção das máquinas a vapor e de tear, da luz e da consequente revolução industrial. Em face da mecanização do trabalho já não mais se exigia o aprendizado em um ofício ou profissão. Qualquer "operário" estaria apto para o trabalho, e sua mão de obra, mais barata, era seu poder de barganha, em face dos numerosos trabalhadores em busca de colocação no mercado, que era ínfimo.

Assim, a prática de que "contrato faz lei entre as partes" colocava o trabalhador em posição inferior de negociação, acabando por aceitar todo e qualquer tipo de cláusula contratual, submetendo-se a condições desumanas e degradantes. Crianças e mulheres eram exploradas em condições insalubres e perigosas, com salários aviltantes em jornadas extremamente dilatadas, sem qualquer descanso, seja diário, semanal ou anual. Daí a necessidade de um novo sistema legislativo protecionista, intervencionista, em que o Estado deixasse a sua apatia natural e comum, sua inércia, e tomasse um papel paternalista, intervencionista, com o intuito de impedir a exploração do homem pelo homem de forma vil.

A partir daí nasce o Direito do Trabalho, com função tutelar, econômica, política, coordenadora e social. **Tutelar**, porque visa a proteger o trabalhador de cláusulas abusivas, garantindo-lhe o básico e regras mínimas para reger seu contrato de trabalho. **Econômica**, em face da sua necessidade de realizar valores, de injetar capital no mercado e democratizar o acesso às riquezas, de abalar a

economia do país. **Coordenadora** ou **pacificadora**, porque visa a harmonizar os naturais conflitos entre capital e trabalho. **Política**, porque qualquer medida estatal coletiva atinge a toda população e tem interesse público. **Social**, porque visa à melhoria da condição social do trabalhador, e da sociedade como um todo.

Alguns autores mencionam, ainda, a função conservadora, porque por meio da imperatividade de suas regras e indisponibilidade do direito, o Estado sufocaria a ação dos trabalhadores e dos empregadores, congelando-os, engessando-os, impedindo os "avanços do Direito do Trabalho".

2.5. Breve histórico mundial

Trabalho subordinado

O trabalho sempre foi exercido pelo homem. Na antiguidade, o homem trabalhava para alimentar-se, defender-se, abrigar-se e para construir instrumentos. A formação de tribos propiciou o início das lutas pelo poder e domínio. Os perdedores tornavam-se prisioneiros e, como tais, eram mortos e comidos. Alguns passaram à condição de escravos, executando serviços mais penosos. A partir da escravidão surgiu o trabalho subordinado em favor de terceiro.

Até o Século XIX
Escravidão

O escravo sempre foi tido como coisa, mercadoria. Apesar de não ser normalmente reconhecido como sujeito de direito, transmitia esta condição aos filhos. Estava presente uma absoluta relação de domínio. Seu trabalho era gracioso e forçado em favor do amo.

Séculos XXI a.C. a XIX
Locação do trabalho

O Código Hammurabi, do Século XIX a.C., adotado na Babilônia, dispôs sobre condições de prestação de trabalho livre, inclusive com salário, e já vislumbrava uma forma de arrendamento do trabalho.

Muito mais tarde, no Direito romano, nasce o arrendamento da coisa (= locatio conducto rei: a) locatio conducto operis, e b) *locatio conducto operarum*).

Surge, paralelamente à escravidão e à servidão, como forma de trabalho autônomo dos artesãos e artífices na antiguidade. Boa parte do Direito do Trabalho contemporâneo foi inspirado nas antigas regras da *locatio operarum*.

Séculos I a XI
Servidão

A servidão surgiu na época do feudalismo em que os senhores feudais davam proteção militar e política aos servos, os quais não eram livres, pois tinham que trabalhar na terra do senhor, entregando parte da produção em troca da proteção militar e política. Eram chamados de "servos da gleba". Recebiam parte da produção e repassavam o restante ao senhor.

A partir do Século XI, a sociedade medieval cede à sociedade urbana, fundada no comércio e na indústria rudimentar. Com as cruzadas, pestes e invasões, os feudos enfraqueceram, facilitando a fuga dos colonos que se refugiavam nas cidades, onde passaram a procurar por trabalho e a reunirem-se em associações semelhantes aos antigos modelos de collegia e ghildas ao lado dos artesãos e operários.

Séculos XII a XVI
Corporações de artes e ofício

Depois destas agremiações surgiram, no Século XII, as corporações de ofício, que se caracterizavam como típicas empresas dirigidas pelos respectivos mestres. Desfrutavam de verdadeiro monopólio, pois nenhum outro trabalhador ou corporação poderia explorar a mesma atividade naquele local.

Inicialmente compostas de mestres e aprendizes, somente a partir do Século XIV surgiram os companheiros.

Logo, as Corporações de Ofício ou Associações de Artes e Misteres possuíam três categorias: mestre, companheiro e aprendiz.

O aprendiz devia obediência a seu mestre e, no final de seu aprendizado, em torno de cinco anos, tornava-se companheiro ou oficial. Continuava vinculado ao mesmo mestre até que o aprendiz ou o companheiro se tornassem mestres, o que acontecia somente mediante prova, que era paga. Essa dependência dos companheiros aos mestres causou atrito grande entre essas duas categorias, dando início à Compagnonnage (ver próximo item).

Nesta época, o trabalho poderia ultrapassar 18 horas por dia em algumas ocasiões, mas chegavam, em média, a 12 e 14 horas por dia. Havia exploração do trabalho da mulher e da criança, além de trabalho em condições excessivamente insalubres e perigosas.

Século XVI
Compagnonnage

Com o desvio da inicial finalidade das corporações de ofício e a consequente exploração de aprendizes e companheiros que dificilmente chegavam à maestria, nasceram as compagnonnage, compostas de companheiros que se reuniam em defesa de seus interesses para acirrar a luta entre mestres e companheiros. Aí o embrião do atual paralelismo sindical. A decadência das corporações de ofício iniciava-se.

Em 1789, as corporações de ofício foram extintas com a Revolução Francesa e, em 1791, a Lei Chapelier (art. 1o), de 17 de junho, proibia seu restabelecimento e demais coalizões. Nasce, então, a lei do mercado, o liberalismo, sem intervenção estatal nas relações contratuais.

Ano 1775
Revolução Industrial

Com a criação e o desenvolvimento das máquinas a vapor, de fiar e tear (1738-1790) expandiram-se as empresas, pois o trabalho passou a ser feito de forma mais rápida e produtiva, substituindo-se o trabalho do homem pelo da máquina, e terminando com vários postos de trabalho, causando o desemprego.

Tem início, então, a necessidade do trabalho do homem para operar a máquina e, com isso, o trabalho assalariado. Substituía-se o trabalho do homem pelo do menor e das mulheres, que eram economicamente mais baratos e mais dóceis. Prevalecia a lei do mercado, em que o empregador ditava as regras, sem intervenção do Estado – liberdade contratual. A jornada era de 16 horas e a exploração da mão de obra infantil chegou a níveis alarmantes.

O Direito do Trabalho surgiu como reação aos graves fatos ocorridos nas Revoluções Francesa e Industrial e à crescente exploração desumana do trabalho. É um produto da reação ocorrida no Século XIX contra a utilização sem limites do trabalho humano.

A partir daí encontramos legislações e constituições preocupadas em proteger o hipossuficiente.

O Direito do Trabalho nasce com duas ramificações: Direito Individual do Trabalho e Direito Coletivo. O Direito Coletivo, com a preocupação abstrata e geral de proteção dos interesses do grupo de trabalhadores (categoria) ou de empresários. O direito individual, com a preocupação concreta de proteção aos direitos sociais do empregado. A base do direito coletivo do trabalho é o sindicato.

1791	A Lei Chapelier extingue as corporações de ofício, por serem consideradas atentatórias aos direitos do homem e do cidadão. Esta lei proibia qualquer agrupamento, coalizão ou reunião pacífica, porque não interessava ao Estado que estas pessoas se reunissem devido à forma política que tais movimentos poderiam obter.
1800	Robert Owen assume a fábrica de tecidos em *New Lamark*, na Escócia, empreendendo profundas mudanças para a época, como a supressão dos castigos e prêmios; não admissão de menor de dez anos; jornada de dez horas e meia de trabalho; medidas de higiene no trabalho; caixa de previdência para a velhice e assistência médica. Mais tarde, Robert Owen passa a ser conhecido como pai do Direito do Trabalho. Ele consegue, ainda, estabelecer a criação do *Trade Union*, correspondente ao sindicato.
1802	Pela primeira vez, na Inglaterra, é fixada a jornada de 12 horas, no máximo, para o trabalho. Foi proibido o trabalho entre 21h e 6h, ou seja, o trabalho noturno.
1809	É considerado ilegal o trabalho do menor de nove anos (não era lei ainda, mas já era considerado algo impróprio).
1813	É proibido o trabalho do menor de dezoito anos em minas de subsolo.
1814	É proibido o trabalho do menor de dezoito anos em domingos e feriados.
1839	Lei que proíbe o trabalho do menor de nove anos, o qual anteriormente era vedado, embora não houvesse lei neste sentido. Para o menor entre nove e dezesseis anos é fixada uma jornada de 10 horas, podendo trabalhar em jornada de 12 horas o maior de dezesseis anos.
1880	Descoberta da eletricidade.
1891	Encíclica *Rerum Novarum*, publicada pelo Papa Leão XIII, que, sensibilizado pela imensa exploração do homem pela máquina, tenta trazer regras mínimas que fixassem um salário mínimo e uma jornada máxima, buscando, também, uma intervenção estatal.
1917	Constituição do México. Foi a primeira Constituição mundial a proteger direitos dos trabalhadores.
1919	Constituição de Weimar, trouxe direitos trabalhistas. Esta data é marcada também pela criação da OIT, por meio do Tratado de Versailles. Trata-se de um organismo neutro, supraestatal, que institui regras de obediência mundial de proteção ao trabalho.
1927	Carta *Del Lavoro*. Constituição italiana inspirada no corporativismo, influenciando o sistema sindical brasileiro, bem como a organização da Justiça do Trabalho.
1948	Declaração Universal dos Direitos do Homem.

PRINCÍPIOS DE DIREITO DO TRABALHO

1. INTRODUÇÃO

A diretriz básica do Direito do Trabalho é a **proteção do trabalhador**, uma vez que o empregado não está em igualdade jurídica com o empregador, como acontece com os contratantes no Direito Civil. A finalidade do Direito do Trabalho é garantir a igualdade substancial entre as partes e, para tanto, necessário se torna proteger a parte mais frágil desta relação: o empregado.

O trabalhador ingressa na relação de emprego em desvantagem, porque vulnerável economicamente, dependente daquele emprego para sua sobrevivência, aceitando condições cada vez menos dignas de trabalho, daí a necessidade de um princípio protetivo para equilibrar esta relação desigual.

Para compensar esta desproporcionalidade econômica desfavorável ao empregado, o Direito do Trabalho lhe destinou uma maior proteção jurídica. Assim, o procedimento lógico para corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades.

O princípio da proteção ao trabalhador está caracterizado pela intensa intervenção estatal brasileira nas relações entre empregado e empregador, o que limita, em muito, a autonomia da vontade das partes. Desta forma, o Estado legisla e impõe regras mínimas que devem ser observadas pelos agentes sociais. Estas formarão a estrutura basilar de todo contrato de emprego.

É bom lembrar que os princípios de Direito do Trabalho se aplicam a todos os empregados, inclusive àqueles excluídos da CLT, como os domésticos.

O princípio da proteção ao trabalhador se divide em:

- Princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador;
- Princípio da prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador;
- Princípio da interpretação: *in dubio, pro misero*.

O princípio da proteção ao trabalhador está sendo abrandado (relativizado), principalmente depois da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), o que modifica o cenário de excessiva proteção para uma realidade de desproteção ou de menor proteção destinada ao empregado. Isto se explica

pelas crises financeiras mundiais, pelo aumento do desemprego e pelo cenário político favorável. Alguns autores chegam a afirmar que este princípio não existe (e nunca existiu), e outros acreditam na necessidade de sua futura extinção, em face da dificuldade econômica que atravessa o país, agravada pela crise mundial e, por isso, advogam a ausência total do Estado nesta relação entre particulares.

Realmente, é visível a crise enfrentada que enfraquece, e muito, o princípio da proteção ao trabalhador, o que pode ser facilmente constatado pela jurisprudência e súmulas mais recentes dos tribunais trabalhistas, que já não mais defendem ferozmente o trabalhador como outrora o faziam, permitindo, em alguns casos, a redução de seus direitos ou a alteração *in pejus* de suas condições de trabalho. A chamada Reforma Trabalhista trouxe uma série de exceções aos princípios trabalhistas.

Abaixo, analisaremos os mais importantes princípios trabalhistas e abordaremos as posições mais tradicionais (defendendo o princípio da proteção) e algumas decisões e súmulas em sentido contrário, comprovando a alteração do cenário.

2. ESPÉCIES

2.1. Princípio da prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador

Determina que toda circunstância mais vantajosa em que o empregado se encontrar habitualmente prevalecerá sobre a situação anterior, seja oriunda de lei, de contrato, de regimento interno ou de norma coletiva. Todo tratamento favorável ao trabalhador, concedido tacitamente e de modo habitual, prevalece, não podendo ser suprimido, porque incorporado ao seu patrimônio como cláusula contratual ajustada – art. 468 da CLT. Se concedido expressamente, o requisito da habitualidade é desnecessário, pois a benesse é cláusula contratual ajustada por escrito pelas partes, não podendo o empregador descumprir o pacto. Tem como corolário a regra do direito adquirido, contida no inciso XXXVI do art. 5º da CRFB.

> **Ex.:** Contrato de trabalho estabelece labor de 8 às 17 horas, de segunda a sexta-feira, com uma hora de refeição e das 8 às 12 horas aos sábados, com descanso aos domingos, respeitando o limite legal de 44 horas semanais. Todavia, o empregador permitiu, nos últimos três anos de contrato, que o empregado Manoel da Silva cumprisse, de segunda a sexta-feira, a jornada de seis horas, concedendo folga todos os sábados e domingos.

Ao permitir que o empregado usufrua desta condição, que lhe é mais favorável que aquela prevista no contrato de trabalho e na lei, o empregador limitou seu poder potestativo de variar e vinculou-se ao cumprimento desta nova condição, por tacitamente ajustada pela habitualidade. Na verdade, estas benesses se incorporaram de forma definitiva ao contrato de trabalho daquele empregado. Logo, não pode mais o patrão exigir o labor de oito horas diárias e o trabalho aos sábados, conforme ajustado na contratação. Se o fizer, deverá pagar ao trabalhador duas horas extras

diárias, de segunda a sexta-feira, além das horas trabalhadas aos sábados também como extras (exceção feita ao empregado público da administração direta, autárquica e fundacional – OJ 308 da SDI-I do TST).

2.1.1. Requisitos

Para se aplicar o princípio da condição mais benéfica ao trabalhador é necessário:

a) existência de uma condição concreta anterior ou de uma norma anterior aplicável àquela situação concreta;
b) situação ou norma nova, distinta da anterior, e aplicada voluntariamente, de forma habitual pel empresa, e que seja mais vantajosa que aquela, desde que inexista lei proibindo a incorporação da benesse ou que não contrarie norma de ordem pública.

A partir daí podemos sintetizar quatro elementos fundamentais:

a) condição mais favorável que a legal ou a contratual;
b) habitualidade na concessão da benesse, salvo quando o benefício for concedido de forma expressa (oral ou escrito);
c) concessão voluntária e incondicional;
d) não haver impedimento legal para sua incorporação ao contrato.

Atenção

São exceções:
OJs n^{os} 159, 275, 308, 325, 339 da SDI-I do TST e Súmula 51, II, do TST e flexibilização por norma coletiva.

Outras exceções trazidas com a Reforma Trabalhista, além da ampla flexibilização por norma coletiva:

Uma das modificações trazidas pela "Reforma Trabalhista" foi o fim da ultratividade das normas coletivas, como se constata da nova redação do § 3º do art. 614 da CLT. Com isso, consagra-se o princípio da não incorporação definitiva das benesses normativas ao contrato de trabalho, permitindo-se a supressão, alteração ou manutenção das vantagens anteriores. Caso o instrumento coletivo perca a vigência ou outra norma venha reduzindo ou suprimindo o direito concedido pela anterior, não prevalecerá a condição mais favorável ao trabalhador.

Além disso, o § 2º do art. 468 da CLT autoriza a supressão da gratificação de função de

confiança quando o empregado é revertido ao cargo efetivo, mesmo que tenha exercido a função de confiança por dez ou mais anos, contrariando o inciso I da Súmula 372 do TST, que deverá ser modulado. Mais uma vez não prevalece o tratamento mais benéfico ao trabalhador.

O § 2º do art. 457 da CLT autoriza indiretamente a supressão do auxílio alimentação, dos prêmios, das diárias de viagem e abonos, mesmo que antes concedidos habitualmente por liberalidade do empregador, pois expressamente afirma que tais benefícios não se incorporam ao contrato de trabalho.

2.2. Princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador

O princípio da norma mais favorável deriva também do princípio da proteção e pressupõe a existência de conflito de normas aplicáveis a um mesmo trabalhador. Neste caso, deve-se optar pela norma que for mais favorável ao obreiro, pouco importando sua hierarquia formal. Em outras palavras: o princípio determina que, caso haja mais de uma norma aplicável a um mesmo trabalhador, deve-se optar por aquela que lhe seja mais favorável, sem se levar em consideração a hierarquia das normas.

A regra geral no direito comum nos ensina que, havendo conflito de normas incidentes ao mesmo caso concreto, deve-se aplicar a de grau superior e, entre as de igual hierarquia, a promulgada ou publicada mais recentemente ou, ainda, a especial e não a geral.

Entrementes, em termos de Direito do Trabalho a regra é diferente, pois norteada pelo princípio da norma mais favorável ao trabalhador. Neste caso, não há um respeito à hierarquia formal da norma e sim, em cada caso, à fonte que for mais benéfica ao empregado. Desde que esteja acima do mínimo legal, prevalecerá a norma que lhe trouxer mais benefícios. Quando existirem duas normas conflitantes que se apliquem ao mesmo trabalhador, mas que disciplinam a matéria de forma diversa ou, ainda, quando uma delas contiver partes benéficas e partes menos favoráveis que a outra norma em comparação, deve-se respeitar a que for mais favorável ao empregado, observando-se, quanto às normas autônomas (elaboradas sem a participação do Estado), o critério de comparação segundo uma das teorias: atomista, conglobamento e intermediária.

Atomista é o critério de interpretação e integração de normas que leva em conta os benefícios isolados contidos em cada uma, aglutinando-os, acumulando-os numa só. A segunda teoria **(conglobamento)** se preocupa com a norma como um todo, respeitando seu conjunto. Aplica exclusivamente, após o confronto, aquela norma mais favorável ao trabalhador, em seu bloco, ignorando a outra. A teoria **intermediária**, por sua vez, não faz a interpretação somando os benefícios isolados de ambas as normas, nem ignorando uma norma em prol da outra, em seu conjunto. Seleciona os institutos existentes entre as duas normas para cotejá-los e, a partir daí, escolher exclusivamente o capítulo mais benéfico de cada norma para aplicá-lo ao trabalhador e soma as normas por grupos e categorias.

Quando o conflito ocorrer entre uma norma autônoma e outra heterônoma, ou entre duas heterônomas, deverá ser aplicado o critério **atomista**, pois as teorias do conglobamento e intermediária desprezariam uma das normas heterônomas ou parte delas e, como as normas heterônomas são indisponíveis, não é possível a exclusão, mas apenas a sua soma.

Ex. 1: Não pode o empregador deixar de assinar a CTPS, de depositar o FGTS ou de pagar o adicional de periculosidade, sob o argumento de que a norma coletiva garante ao empregado maiores benefícios que os previstos na CLT, como salário de R$ 20.000,00 e estabilidade no emprego. Neste caso, não se pode aplicar a teoria do conglobamento. Ora, mesmo que, hipoteticamente, uma norma coletiva contenha benefícios tão valiosos, não se pode deixar de aplicar a CLT que decorre de imposição estatal. Aqui a única forma de interpretação é a da **soma** das duas normas: CLT + norma coletiva, garantindo ao empregado o salário de R$ 20.000,00 + a estabilidade + a anotação da CTPS + o pagamento do FGTS, bem como o adicional de periculosidade.

Ex. 2: A CLT determina que a hora noturna seja paga com acréscimo de 20% sobre a hora diurna. O Regulamento Interno do empregador dispõe que a hora noturna deverá ser acrescida de 40%. O intérprete deverá aplicar a norma que for mais favorável ao empregado, que, neste caso, segundo a teoria **atomista**, é a prevista no regulamento interno do empregador, pois o conflito foi entre norma heterônoma (CLT) e norma autônoma (regulamento de empresa). Resultado: o adicional noturno será de 40%.

Atenção

São exceções ao Princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador:

- Mesmo que a norma seja mais favorável ao empregado, se violar dispositivo expresso na lei ou for inconstitucional, não poderá ser aplicada. É o que ocorre, por exemplo, quando uma norma coletiva concede aumento coletivo que contrarie lei de política salarial – art. 623 da CLT;
- Lei estadual que conceda benefício trabalhista é inconstitucional porque é da competência da União legislar sob Direito do Trabalho, salvo nas hipóteses permitidas pela CR – art. 22 da CR;
- Decreto autônomo, mesmo que crie vantagens para os empregados é ilegal, pois não pode o Executivo legislar logo, não aplicável;
- Nula cláusula de convenção e acordo coletivo que tenha vigência superior à legal – OJ 322 da SDI-I do TST;
- Flexibilização por norma coletiva (redução ou supressão de vantagens). Há inúmeras exceções ao princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador, entre elas as hipóteses de flexibilização, em que a norma coletiva autoriza a redução de direitos trabalhistas ou a redução do salário, como autorizado, por exemplo na Lei 13.189/2015, que instituiu o Programa de Proteção ao Emprego (PPE), hoje denominado de Programa Seguro-Emprego, cuja MP 761/16 prorrogou o prazo de adesão;
- Prevalência do acordo coletivo sobre a convenção coletiva – art. 620 da CLT;

- Art. 3º, II, da Lei nº 7.064/82.

2.3. Princípio in dubio pro misero ou in dubio pro operario

Este princípio, corolário do princípio da proteção ao trabalhador, recomenda que o exegeta deve optar, quando estiver diante de uma norma que comporte mais de uma interpretação razoável e distinta, por aquela que for mais favorável ao trabalhador, já que este é a parte fraca da relação. Ou seja, quando emergir da norma dúvida a respeito da sua interpretação, desde que seja razoável, o exegeta deverá optar por aquela que beneficiar o hipossuficiente.

Apesar de se tratar de um princípio de direito material, existe tímida corrente defendendo sua aplicação ao Processo do Trabalho. Isto porque o princípio tem nomenclatura similar àquela conhecida no processo penal como *in dubio pro reo*, confundindo alguns estudiosos que afirmam ser uma transposição adaptada deste princípio processual penal ao Direito do Trabalho. Não concordamos. O princípio em estudo não se aplica para valoração da prova, para julgamento, pois é princípio de direito material.

A nova regra contida no art. 8º, § 2º, da CLT, impedindo o Judiciário Trabalhista, através das Súmulas e enunciados de jurisprudência, de criarem ou restringirem direitos, não abalou o princípio *in dubio pro misero*, pois este constitui método de interpretação e integração da lei.

2.3.1. Requisitos

O princípio em estudo só poderá ser aplicado quando preenchidos dois requisitos simultaneamente:

a) existir dúvida razoável sobre o alcance da norma legal; e
b) não estar em desacordo com a vontade expressa do legislador.

Ex.: O art. 59 da CLT limita o labor extra ao máximo de duas horas por dia, mediante acordo escrito ou norma coletiva. Apesar da expressa limitação, a *ratio legis* (vontade do legislador ou espírito da lei) foi impedir o empregador de exigir número superior a duas horas extras por dia. Nesse sentido, a interpretação majoritária é no sentindo de que se o trabalhador de fato executou mais de duas horas extras por dia, independentemente de se estas foram ou não contratadas formalmente, deverão ser remuneradas todas as excedentes como horas extras (Súmula nº 376 do TST).

2.4. Princípio da primazia da realidade

Para o Direito do Trabalho prevalecem os fatos reais sobre as formas. O que importa é o que realmente aconteceu, e não o que está escrito.

O princípio da primazia da realidade destina-se a proteger o trabalhador, já que seu empregador poderia, com relativa facilidade, obrigá-lo a assinar documentos contrários aos fatos e aos seus interesses. Ante o estado de sujeição permanente que o empregado se encontra durante o contrato de trabalho, algumas vezes submete-se às ordens do empregador, mesmo que contra sua vontade, abdicando de seus direitos. Preocupado com esse fato, o princípio, inspirado no direito civil (art. 112 do CC), preconiza que a intenção, a verdade é mais importante do que a formalidade.

> **Ex. 1:** Cartões de ponto não noticiam labor extra, apesar de assinados pelo empregado. Entretanto, o trabalhador sempre trabalhou duas horas extras por dia. Comprovado o fato, este prevalecerá sobre os controles de ponto.

> **Ex. 2:** Empregado recebe R$ 1.800,00 mensais. Todavia, de seus contracheques consta apenas o valor do salário mínimo, sendo a diferença paga "por fora". Caso comprove o valor do real salário pago, este fato prevalecerá sobre os recibos salariais.

A reforma trabalhista modificou bastante o cenário favorável aos trabalhadores pela aplicação do princípio da primazia da realidade acima estudado, pois algumas das modificações feitas na CLT deixam clara a prevalência do ajustado individualmente ou coletivamente sobre a realidade, mesmo que o contrato ou a norma coletiva seja menos favorável e diferente da realidade.

Abaixo apontaremos alguns dos casos trazidos pela reforma trabalhista como exceção ao princípio da primazia da realidade (Lei 13.467/2017):

a) Para que um empregado seja enquadrado como trabalhador intermitente basta que celebre por escrito contrato de trabalho intermitente com o patrão, mesmo que inicialmente trabalhe de forma continuada (art. 452-A da CLT). O trabalho intermitente é desfavorável ao empregado, pois ficará aguardando a convocação para o trabalho e enfrentará períodos de inatividade e estes não serão considerados como tempo à disposição, o que contraria o art. 4º da CLT;
b) O contrato de trabalho que indique que o empregado é um teletrabalhador (art. 75-C da CLT) afasta do Capítulo "Da Duração do Trabalho" (art. 62, III, da CLT). Mesmo que controlado e fiscalizado não terá direito às horas extras, noturnas e intervalo intrajornada. Neste caso, não prevalece a realidade (controle, fiscalização e labor extra comprovado). Mesmo sendo uma espécie de trabalhador externo, o art. 75-B da CLT informa que o teletrabalhador que executa seus serviços fora do estabelecimento do patrão não é considerado empregado externo. Uma inversão da realidade e da lógica;
c) Empregado cuja função é apontada na norma coletiva como de confiança nos moldes do art. 62 II, da CLT. Mesmo que não exerça de fato função de confiança intensa estará excluído do Capítulo "Da Duração do Trabalho", pois a norma coletiva se sobrepõe à lei e não poderá o

juiz questionar seu conteúdo, salvo de violar a Constituição ou o art. 104 do CC (art. 8º, § 3º, da CLT);

d) Prestação de horas extras habituais não descaracteriza o ajuste de compensação de jornada, na forma do parágrafo único do art. 59-B da CLT. Ora, se existe um contrato para compensar a jornada e se este não é cumprido porque o empregado habitualmente faz horas extras no dia da compensação, deveria prevalecer a realidade (o não cumprimento do acordo), mas a lei, alterando o entendimento da jurisprudência (Súmula 85 do TST) pugna pela validade do acordado (compensação) sobre a realidade;

e) Considerar os feriados trabalhados como compensados nas jornadas de 12x36 horas é prevalecer a lei sobre a realidade, pois de fato não são compensados, pois trabalham o mesmo número de dias que nos meses que não têm feriado – art. 59-A da CLT;

f) Prevalência das cláusulas contratuais sobre a realidade, desde que versem sobre os direitos previstos no art. 611-A da CLT e desde que seja portador de diploma de curso superior e que perceba igual ou mais que duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência – art. 444, parágrafo único, da CLT. Por exemplo: se este empregado assinar com o patrão um contrato contendo uma cláusula que informa que ele é empregado de confiança nos moldes do art. 62, II, da CLT, este fato, por si só, o afasta do Capítulo Da Duração do Trabalho, mesmo que na prática não seja um empregado de alta confiança, mas de confiança simples;

g) Prevalência do termo de quitação da parcela feito com a chancela no sindicato mesmo que não tenha havido pagamento da parcela – art. 507-B da CLT. Não concordamos com a tese, apesar de defendida por alguns, pois não se quita o que não foi pago. O simples carimbo do sindicato noticiando a quitação de verbas trabalhistas não tem o condão de liberar da guarda dos recibos de pagamento. A mesma tese pode ser aplicada ao termo de conciliação efetuado na CCP (Comissão de Conciliação Prévia – parágrafo único do art. 625-D da CLT).

2.5. Princípio da integralidade, intangibilidade e da irredutibilidade salarial

O princípio da **irredutibilidade** salarial está consagrado no art. 7º, VI, da CRFB e no art. 468 da CLT, significando que o empregador não pode reduzir numericamente o valor do salário do empregado, salvo autorização em convenção ou acordo coletivo. **A intangibilidade** corresponde à proteção do salário contra penhora, salvo lei em contrário; enquanto, finalmente, a **integralidade** significa a proteção dos salários contra descontos não previstos em lei. As inúmeras exceções estão expressamente previstas em lei, tais como: o pagamento de prestação alimentícia, a dedução de imposto de renda, a contribuição previdenciária, a contribuição sindical, os empréstimos bancários, as utilidades e outros.

A contraprestação recebida pelo trabalhador pode ser paga em pecúnia ou *in natura*. Nem uma

nem outra podem ser reduzidas, salvo acordo coletivo ou convenção coletiva. O impedimento visa à estabilidade econômica do trabalhador, que não pode ficar sujeito às oscilações salariais.

A possibilidade de redução salarial já tinha sido autorizada pelo art. 503 da CLT e pela Lei 4.923/65 (art. 2º). Hoje a redução salarial também está autorizada pelo Programa de Proteção ao Emprego – Lei 13.189/2015, hoje denominado de Programa Seguro-Emprego, prorrogado pela MP 761/2016.

Ressalte-se que a irredutibilidade salarial se aplica apenas ao valor real e nominal do salário, não se incluindo aí as reduções salariais advindas de deflação etc.

O art. 611-A da CLT autorizou a ampla flexibilização e, apesar de ter enumerado as matérias que podem ser negociadas (reduzidas ou suprimidas), o seu *caput* aponta a expressão "entre outros", permitindo a ampliação dos direitos submetidos à negociação coletiva.

Neste contexto, poderá a norma coletiva autorizar mais descontos além daqueles previstos na lei; poderá autorizar mais hipóteses de penhora ao salário, além da prevista na lei processual; poderá autorizar a redução ou a supressão de algum sobressalário, desde que não garantido pela Constituição.

2.6. Princípio da continuidade da relação de emprego

A relação de emprego, como regra geral, tende a ser duradoura, em face da própria natureza humana que impulsiona o homem na busca do equilíbrio e da estabilidade de suas relações em sociedade.

Imagina-se que o empregado, quando aceita um emprego, pretenda neste permanecer por tempo indefinido. Esta é a noção de engajamento do empregado na empresa.

Em virtude disto, a regra geral quanto ao prazo do contrato de emprego é que este é indeterminado e a exceção é o contrato a termo. Por isto, o contrato a termo deve ser expresso (art. 29 da CLT). Não havendo prova do ajuste acerca do prazo de vigência do pacto, a presunção é de que o contrato de trabalho tem prazo indeterminado.

Deste princípio também decorre a ilação de que o ônus de provar a data e o motivo da extinção do pacto trabalhista é do empregador, na forma da Súmula 212 do TST.

O homem médio busca a segurança e a estabilidade econômica, o que acarreta presunção de que todos desejam uma colocação no mercado para ter a oportunidade de trabalho, já que o desemprego assusta e traz instabilidade econômica. Daí pressupõe-se que o trabalhador não quer sair de seu emprego. O desdobramento dessa presunção, conjugado ao fato do contrato de trabalho ser de trato sucessivo (que não se esgota num único ato), gera a conclusão de que o ônus de provar o motivo e a data da saída do empregado de seu emprego é do patrão.

Alguns sustentam que este princípio se encontra no art. 7º, I, da CRFB, revelando seu *status* constitucional.

O contrato intermitente (art. 452-A da CLT) é também uma exceção ao princípio da continuidade, pois o empregado submetido a esse tipo de contrato alterna períodos de trabalho e períodos de inatividade, podendo passar longos períodos sem qualquer trabalho.

2.7. Princípio da continuidade da empresa, ou da preservação da empresa, ou função social da empresa

Este princípio já era uma tendência mundial, mas só tomou fôlego em nosso país a partir da Constituição de 1988, pelo art. 170 da CRFB. Isto porque no estudo da função social da propriedade percebeu-se que a empresa é uma das formas de exercício da propriedade. Daí por que a relação entre propriedade, empresa e Direito do Trabalho será abaixo estudada. Apesar de o tema ser badalado nos outros ramos do Direito, não é ainda muito explorado pela doutrina trabalhista.

A empresa desempenha um importante papel na sociedade, pois é a grande propulsora da produção e do desenvolvimento econômico. Grande parte da população depende diretamente da empresa, seja por meio dos empregos que cria, das receitas fiscais e parafiscais que o Estado por intermédio dela arrecada, seja por meio dos serviços ou bens que produz e faz circular, e do desenvolvimento que proporciona.

O princípio da função social da empresa pugna pela sobrevivência desta nos casos de risco de sua extinção, prevalecendo seus interesses a médio e longo prazo, sobre o interesse daqueles que preferem sua extinção, que tendem a pensar a curto prazo, de modo egoísta ou individualista. A manutenção da empresa atende ao interesse coletivo na medida em que é fonte geradora de empregos, de tributos, de produção ou mediação de bens e funciona como válvula propulsora de desenvolvimento.

A maior incidência do princípio da preservação ocorre nos possíveis casos de dissolução da sociedade, quando, por exemplo, há a retirada ou morte de um sócio ou administrador.

Todavia, o princípio em estudo também pode ser explorado pelo viés dos interesses a serem protegidos enquanto a empresa estiver em funcionamento, sem estar enfrentando grave crise econômica. Em virtude disto, a doutrina identifica duas finalidades da função social: como incentivadora do exercício da empresa e como condicionadora de tal exercício.

Isto não quer dizer que à empresa é transferido o *munus* do Poder Público de zelar pelas políticas públicas, pela diminuição do desemprego, pela preservação do meio ambiente e pela erradicação da pobreza. Não se pretende transferir ao empresário a obrigação do Poder Público, mas apenas exigir que as pessoas que desempenham papel importante na sociedade com ele colaborem. Assim, não está o patrão obrigado a oferecer aos seus empregados nada além do que está previsto em lei, nem de garantir casa ou educação aos filhos dos empregados. Tampouco, será obrigado a contratar mais empregados ou impedido de dispensá-los, nem obrigado a oferecer produtos fora de sua margem de produção ou desconexo com sua atividade, salvo nos expressos casos específicos em

lei especial a este respeito.

A função social da empresa dirige-se aos casos em que esta, ao contratar, dê preferência, de acordo com os percentuais estabelecidos em lei, aos deficientes físicos ou às minorias; que trate com urbanidade e condições salubres seus empregados, que diminua os riscos inerentes ao trabalho, que respeite os direitos trabalhistas; que não discrimine seus empregados na admissão, no curso do contrato ou na demissão, nem discrimine o trabalhador em virtude de sexo, cor, idade, raça etc.

Desta forma, é fácil concluir que a empresa tem interesses internos e externos.

O primeiro aspecto (interno) está relacionado à observância pelo empresário de todos os direitos dos seus trabalhadores, sem sonegar-lhes qualquer um e sem abusar dos direitos que a lei confere aos empregadores. Baseia-se no inciso VIII do art. 170 da CRFB. A classificação sob o aspecto interno do condicionamento ao exercício da empresa só pode ser explorada quando não houver discussão acerca de sua existência, isto é, quando a empresa estiver em pleno funcionamento, independentemente de estar ou não atravessando dificuldades econômicas.

Diante de todos estes fatos, é forçoso concluir que a matéria pode ser aplicada, com facilidade, ao Direito do Trabalho, principalmente por sua finalidade social de diminuir a desigualdade social e de proteger o hipossuficiente. Assim, o empregador que, sem necessidade, utiliza o instituto da flexibilização (acordo coletivo ou convenção coletiva) para reduzir os salários dos empregados apenas para manter ou aumentar seus lucros, em detrimento do direito dos trabalhadores, abusa do direito previsto no art. 7º, XIII, da CRFB, viola o princípio da proteção ao trabalhador consagrado no art. 7º, *caput*, da CRFB; prioriza o capital ao trabalho humano, ferindo o princípio da valorização do trabalho humano, também consagrado constitucionalmente. Esse é apenas um dos muitos exemplos possíveis para a aplicação do princípio.

2.8. Princípio da inalterabilidade contratual in pejus

Tem sua origem no Direito Civil, que considera que o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*). Por estarem obrigadas a cumprir o contrato, as partes não podem livremente alterar cláusulas no curso deste. Este princípio civilista tem sido relativizado, pois o novo paradigma do direito comum é a ética, a boa-fé objetiva, a função social do contrato, o não abuso do direito, a proteção do hipossuficiente e a transparência nas tratativas, que permitem a manifestação de vontade de forma consciente (consentimento informado).

Também no Direito do Trabalho o contrato faz lei entre as partes.

Entretanto, a livre manifestação de vontade é mitigada, pois a autonomia das partes, ao ajustarem as cláusulas contratuais, está vinculada aos limites da lei. Conclui-se, pois, que as partes podem pactuar cláusulas iguais ou melhores (para o empregado) que a lei, mas nunca contra ou em condições menos favoráveis que as previstas na lei ou nas normas coletivas vigentes (art. 444 da CLT).

Como consequência lógica do princípio da proteção, a CLT vedou a alteração contratual, mesmo que bilateral, quando prejudicial ao empregado (art. 468 da CLT). É válida, pois, qualquer alteração unilateral ou bilateral, que não cause prejuízo ao trabalhador, como aumento salarial ou redução da jornada, por exemplo.

AS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS PODEM SER DIVIDIDAS EM:	
Quanto aos efeitos	**Voluntárias** – dependem da vontade das partes
	Compulsórias – impostas pela lei
Quanto à finalidade	**Quantitativas** – afetam na quantidade de trabalho ou de valor de salário
	Qualitativas – não afetam na quantidade de trabalho ou valor de salário, isto é, quando estiverem relacionadas com a função, qualificação do trabalhador, local de trabalho, status do empregado etc.
Quanto à duração	**Provisórias**
	Definitivas

Alguns assuntos ainda suscitam dúvidas na doutrina. Um deles diz respeito à **promoção**. A corrente majoritária entende que, por se tratar de alteração benéfica e consequência lógica do engajamento do empregado à empresa, o empregado deverá aceitá-la, sob pena de insubordinação. Outros entendem que o empregado tem o direito de aceitá-la ou não, de acordo com a compatibilidade entre sua personalidade e os novos encargos profissionais da função oferecida. Defendemos esta última corrente.

O mesmo se diga quanto à alteração das bases contratuais em virtude do progresso tecnológico adotado pela empresa. Entendemos que é possível a revisão de algumas cláusulas contratuais, que não causem prejuízo ao trabalhador, para adaptar a empresa às novas tecnologias por ela implantadas na produção. Deste modo, se o empregado percebia 10% sobre sua produção manual, que correspondia no final do mês a R$ 2.000,00, por exemplo, pode passar a ter direito a 0,1% da produção industrial que passou a ser adotada depois de implementada nova tecnologia, desde que

continue retirando a média mensal de R$ 2.000,00.

Atenção

Exceções ao princípio da inalterabilidade contratual:

- O art. 468, § 1º, da CLT possibilita a reversão do empregado de confiança ao cargo efetivo, perdendo, inclusive gratificação correspondente à função, mesmo após 10 anos, alterando o antigo entendimento contido no inciso I da Súmula 372, do TST, que deve ser modulado ou cancelado.
- O art. 469 da CLT faculta a transferência unilateral do trabalhador que exerça cargo de confiança ou daquele cu contrato contenha cláusula explícita ou implícita de transferibilidade ou de qualquer empregado em caso de fechamento do estabelecimento. Para os demais empregados a transferência deverá ser bilateral.
- O art. 475 c/c o art. 461, § 4º, da CLT permite o rebaixamento do empregado nos casos em que a Previdência Social recomende a sua readaptação. Todavia, esta alteração *in pejus* não pode importar, também, em redução salarial.
- Manutenção dos benefícios normativos apenas durante a vigência da norma coletiva, pois as condições de trabalho criadas por sentenças normativas, convenções ou acordos coletivos obrigam enquanto vigentes, mas podem ser modificadas ou suprimidas por norma posterior (fim do efeito ultrativo – art. 614 da CLT).
- *Ius variandi*. Por ser o dono do empreendimento e correr o risco do negócio, o empregador tem o poder diretivo do contrato de trabalho, podendo variar algumas cláusulas contratuais de acordo com a tendência econômica ou interesse da empresa. Fazem parte do *ius variandi*, por exemplo: a.1) mudança do horário de trabalho, desde que não haja majoração da quantidade de horas trabalhadas por dia (jornada) e não importe em alteração do turno diurno para o noturno (por ser prejudicial ao empregado) – Súmula 265 do TST; a.2) mudança do local da prestação de serviços, respeitados os limites do art. 469 da CLT; a.3) possibilidade de exigir do empregado atribuições compatíveis com a função exercida – art. 456, parágrafo único, da CLT; a.4) mudança de uniforme; a.5) alteração da nomenclatura do cargo (sem causar prejuízos) etc.
- Flexibilização dos direitos trabalhistas por normas coletivas ou quando prevista em lei – art. 611-A da CLT.

A Reforma Trabalhista permitiu uma série de alterações contratuais, mesmo que prejudiciais ao empregado, como analisado abaixo.

A partir da Lei 13.467/2017 várias exceções à regra da inalterabilidade *in pejus* foram acrescidas às já apontadas acima:

a) Possibilidade de alteração do contrato, que antes era executado de forma presencial, para telepresencial – teletrabalho, mediante ajuste escrito – art. 75-C da CLT e alteração unilateral do trabalho telepresencial para presencial, mediante aviso prévio de 15 dias;

b) Autorização indireta para alteração do trabalho contínuo para trabalho intermitente, desde que por ajuste escrito – art. 452-A da CLT;

c) Redução ou supressão ampla de direitos pela flexibilização dos direitos trabalhistas através das normas coletivas (art. 611-A da CLT);

d) Supressão da gratificação de função de confiança mesmo após dez anos, caso o empregado sej

revertido ao cargo efetivo – art. 468, § 2º, da CLT;

e) Autorização de renúncia ou transação feita por empregado que ganhe salário igual ou maior qu duas vezes o valor máximo do benefício previdenciário e possua diploma de curso superior em relação aos direitos previstos nas normas coletivas ou acerca dos direitos previstos no art. 611-A da CLT (parágrafo único do art. 444 da CLT);

f) Supressão do auxílio alimentação, diárias de viagem, ajudas de custo ou do prêmio por determinação do empregador que os concedia por liberalidade – art. 457, § 2º, da CLT. O artigo é expresso ao afirmar que tais benesses, mesmo que habitualmente concedidas, não incorporam ao contrato.

Defendemos que a Lei 13.467/2017 tem aplicação imediata repercutindo nos contratos vigentes – art. 912 da CLT e art. 2.035 do CC. Isto porque a lei pode autorizar a alteração *in pejus* do contrato, criar ou retirar direitos repercutindo imediatamente nos contratos vigentes, podendo impactar mudança que cause prejuízo ao empregado. Neste caso, não se aplica o art. 468 da CLT, porque este dispositivo legal foi dirigido às partes e não ao legislador. Da mesma forma o artigo 2º da MP 808/2017.

Assim, para os fatos ocorridos após 11.11.2017, aplica-se a Lei 13.467/2017, tanto na parte que favorece quanto na parte que prejudica o empregado, ressalvado o direito adquirido. Assim, se o empregado vinha recebendo horas *in itinere*, deixará de recebê-las após a reforma para o trajeto percorrido em transporte fornecido pelo patrão após a vigência da lei. Se adquiriu férias de 18 dias pelo contrato por tempo parcial que mantinha com o patrão antes da Reforma, usufruirá, depois da reforma, de férias de 18 dias após a reforma, mesmo tendo sido revogado o art. 130-A da CLT. Da mesma forma, se completou dez anos na função de confiança antes da reforma e só foi revertido à função depois de 11.11.2017, não perderá a respectiva gratificação de função de confiança, mas se só completou dez anos na função de confiança depois da reforma, perderá a gratificação. Vamos imaginar o caso de um empregado que, antes da Reforma, tinha direito ao mesmo salário de outro colega exercente da mesma função, mas de outra filial. Depois da Lei 13.467/2017 deixará de ter o direito à isonomia salarial, pois o paradigma não trabalha na mesma unidade técnica (estabelecimento). Entretanto, pelo princípio da irredutibilidade salarial (art. 7º, VI, da CF) não poderá o empregador reduzir o salário deste empregado. Os exemplos são muitos e abordaremos outros casos nos artigos respectivos.

Apesar da nossa opinião, havia opiniões no sentido de que a Lei 13.467/2017, na parte que prejudica o trabalhador, só seria aplicada para os contratos firmados a partir da lei. Desta forma, para essa corrente, os contratos em curso continuariam a ser regidos pela lei revogada. O argumento desta corrente estava no art. 468 da CLT. Entretanto, a celeuma foi espancada pelo art. 2º da MP 808/2017, que expressamente determinou a aplicação integral da Lei 13.467/2017 aos contratos

vigentes.

2.9. Princípio da irrenunciabilidade e da intransacionabilidade

Como regra geral, não pode o empregado, antes da admissão, no curso do contrato ou após seu término, renunciar ou transacionar seus direitos trabalhistas, seja de forma expressa ou tácita.

O impedimento tem como fundamento a natureza dos direitos previstos nas normas trabalhistas, que são de ordem pública, cogentes, imperativas, logo, irrenunciáveis e intransacionáveis pelo empregado. O art. 9º da CLT declara como nulo todo ato que vise desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos direitos trabalhistas previstos na lei. Da mesma forma, o art. 468 da CLT, que considerou nula toda alteração contratual que cause prejuízo ao trabalhador.

Reforçando o entendimento, o art. 444 da CLT autoriza a criação de outros direitos pela vontade das partes, desde que não contrariem aqueles previstos na lei e nas normas coletivas.

Todavia, a matéria não é tão tranquila como parece.

Inicialmente, convém traçar as distinções mais importantes entre a renúncia e a transação.

RENÚNCIA	TRANSAÇÃO
Declaração unilateral de vontade	Bilateral
Atinge direito certo e atual	Incide sobre direito duvidoso (ainda não adquirido)
Efeito: extinção do direito atingido	Pressupõe concessões recíprocas e extingue a obrigação

O objeto da renúncia e da transação são os direitos patrimoniais disponíveis, isto é, de caráter privado.

PATRIMONIAIS	direitos suscetíveis de serem avaliados em dinheiro, isto é, aqueles em que é possível se atribuir valoração econômica, expressão monetária.

	direitos que são controlados pelo Estado com maior ou menor intensidade, por

INDISPONÍVEIS	protegerem interesses públicos. Não derivam da autonomia da vontade da parte, e sim de imposição legal feita através de normas cogentes, impostas pelo Estado para tutelar algum interesse social.

DISPONÍVEIS	direitos cujos interesses são particulares, suscetíveis de circulabilidade.

Os direitos trabalhistas previstos em lei têm característica pública. Sendo assim, não podem ser negociados, transacionados ou renunciados, salvo quando a lei expressamente autorizar.

Não foi por outro motivo que a CLT, apesar de editada em 1943, já previa a nulidade de todo e qualquer ato que objetivasse fraudar ou burlar direitos trabalhistas nela previstos – arts. 9º, 444 e 468 da CLT.

Todavia, há inúmeras exceções e cada autor aponta uma vertente para a possibilidade de o trabalhador renunciar ou transacionar validamente.

De forma bem resumida, são cinco as correntes:

1ª	Defende que não poderá haver renúncia e transação quanto aos direitos previstos em lei, salvo quando a própria lei autorizar, mas não haverá óbice para aqueles de caráter privado.
2ª	Não admite haver renúncia e transação aos direitos previstos em lei, salvo quando a própria lei autorizar; quanto àqueles previstos em norma de ordem privada, a alteração só poderá ocorrer se não causar prejuízo ao trabalhador, exceto quando a própria lei autorizar. Defendemos esta posição.
3ª	Classifica os direitos trabalhistas em direitos de **indisponibilidade absoluta** ou de **indisponibilidade relativa**. O problema desta corrente é que cada autor conceitua de forma diferente quais são os direitos de indisponibilidade absoluta e quais os de indisponibilidade relativa. Para os defensores desta corrente, apenas os direitos de disponibilidade relativa

	podem ser transacionados e/ou renunciados.
4ª	Adotada por alguns tribunais, que entendem que tudo é possível através de acordo coletivo ou convenção coletiva, em face da flexibilização autorizada pela CF/88. Defendem que se a Constituição permitiu o mais, que é a redução salarial pela via negocial, o menos está automaticamente autorizado por norma coletiva. Esta corrente se fortaleceu com a Reforma Trabalhista que ampliou a flexibilização – art. 611-A da CLT.
5ª	Tese minoritária, sustenta que se o trabalhador pode renunciar aos seus direitos em juízo, ou seja, perante um juiz do trabalho, qualquer renúncia é válida, mesmo fora dos tribunais.

2.9.1. Renúncias e transações previstas em lei ou toleradas pela jurisprudência

Analisaremos, a seguir, as **exceções** que autorizam renúncias e transações de direitos trabalhistas.

- A Lei 5.107/66 instituiu o FGTS e permitiu um tipo de renúncia durante o contrato de trabalho Previa que a opção pelo FGTS importava em renúncia à estabilidade decenal para aqueles empregados não optantes que contassem com mais de 10 anos de casa. Após a CRFB/88 o regime do FGTS passou a ser obrigatório, não existindo mais a faculdade de ser ou não optante pelo regime.

  A Lei 5.107/66 (superada pela Lei 8.036/90) também autorizou a transação, no curso do contrato de trabalho, para os empregados não optantes que desejassem fazê-lo em relação ao período anterior à opção.

  Para tanto, o empregador deveria pagar, pelo menos, 60% da indenização devida em caso de dispensa imotivada.

  O art. 14, §§ 2º e 4º, da Lei 8.036/90, contém a mesma previsão quanto ao direito de o empregado optar retroativamente, renunciando a sua estabilidade decenal e/ou de transacionar a indenização por tempo de serviço, relativa ao período anterior à Constituição, quando era não optante pelo sistema do FGTS. Portanto, existe até hoje previsão legal para renúncia e transação.
- A Lei 9.958/2000, que acresceu os arts. 625-A e seguintes à CLT, trouxe, segundo alguns autores, forma de transação extrajudicial válida. Para estes, a transação efetuada entre empregado e empregador, consubstanciada nos termos expedidos pelos membros das Comissões de Conciliação Prévia, atinge, inclusive, os direitos indisponíveis previstos em

lei. Não concordamos com esta posição.

- A renúncia ao aviso prévio é a única não prevista em lei, porém admitida pela jurisprudência, desde que o empregado o faça expressamente e comprove que conseguiu um novo emprego (Súmula 276 do TST).
- Ao optar por um regulamento interno, plano de cargos e salários ou norma interna o empregad renuncia ao outro – Súmula 51, II, do TST.
- Ampla flexibilização através de convenção ou acordo coletivo, com possibilidade de renúncia ou redução de direitos legais – art. 7º, XXVI da CF c/c art. 611-A da CLT.
- Desistência do exercício do direito ao vale transporte – Lei 7.418/85.

2.9.2. Renúncias e transações trazidas pela Reforma Trabalhista, além da ampla flexibilização coletiva – Lei 13.467/2017.

a) Trabalho intermitente – arts. 443 e 452-A da CLT

A criação de mais uma espécie de contrato de trabalho sob a denominação "**contrato intermitente**" visou, na verdade, autorizar a jornada móvel variada e o trabalho variável ("bico"), isto é, a imprevisibilidade da prestação de serviços, ferindo de morte os princípios da segurança jurídica e a proteção ao trabalhador.

De acordo com os arts. 2º e 3º da CLT, é o empregador quem corre os riscos da atividade empresarial. Os dois artigos (art. 443 e art. 452-A) pretendem repassar ao trabalhador os riscos inerentes ao empreendimento, o que não é possível nas relações de emprego. Ademais, o contrato intermitente importa renúncia ao art. 4º, *caput*, da CLT, que garante aos empregados que o tempo à disposição aguardando ordens do patrão é tempo de serviço efetivo e, portanto, computado no tempo de trabalho.

Permitir que o trabalho seja executado de tempos em tempos, sem garantia mínima de salário mensal e sem previsibilidade de quantidade mínima de dias de trabalho por mês ou número de meses de trabalho por ano é equiparar o empregado ao autônomo, repassando ao trabalhador os riscos do contrato.

O trabalhador, ao aceitar o contrato intermitente, renuncia às garantidas do empregado comum.

b) Contrato de trabalho – livre autonomia – art. 444, parágrafo único, da CLT

Os direitos trabalhistas previstos em lei são indisponíveis, isto é, são irrenunciáveis e intransacionáveis pela sua característica pública. O valor do salário recebido pelo empregado não deveria alterar a natureza jurídica do direito. Entender que os empregados que recebem igual ou mais que o valor máximo que duas vezes os benefícios previdenciários podem livremente dispor sobre os direitos trabalhistas relacionados no art. 611-A da CLT e/ou renunciar as benesses previstas nas normas coletivas é negar a vulnerabilidade do trabalhador, que depende do emprego para sobreviver

e, com relativa facilidade, concordaria com qualquer ajuste para manutenção do emprego.

Entrementes, este é o comando legal. A partir da Lei 13.467/2017 poderá o empregado renunciar alguns direitos legais, contratuais e normativos (previstos em normas coletivas).

Nos parece que a finalidade do disposto no parágrafo único do art. 444 da CLT foi tornar disponíveis os direitos legais, não constitucionais, dos que percebem igual ou mais que o teto e sejam portadores de diploma de curso de nível superior, sendo o rol do art. 611-A da CLT meramente exemplificativo, assim como poderá renunciar os direitos previstos em normas coletivas, dando liberdade a este empregado para sobre estes negociar.

c) Programa de demissão voluntária – norma coletiva – quitação geral – art. 477-B da CLT

A intenção do novo dispositivo legal foi a obtenção pelo patrão da quitação com eficácia geral liberatória pela adesão pelo empregado ao PDV (programa de demissão voluntária), desde que previsto em norma coletiva. A mudança, na verdade, propõe hipótese de renúncia de direitos trabalhistas, ignorando que muitos direitos trabalhistas estão previstos na Constituição, e, por isso, deveriam ser de indisponibilidade absoluta por ajuste entre as partes ou coletivo. A alteração também importa em enriquecimento sem causa e retrocesso social, pois não se quita o que não se pagou.

Mais uma vez o legislador quis prestigiar a negociação coletiva e dar à autonomia da vontade do trabalhador a força que teria nas relações civis. "Se o empregado aderiu ao programa de demissão voluntária o fez porque quis": esse será o fundamento.

Provavelmente o legislador se inspirou na decisão do STF. Explico: a decisão do STF (RE 590.415/SC), do Relator Ministro Luís Roberto Barroso, de 30.04.2015, reconheceu a validade quitação geral e eficácia liberatória prevista no PDV, porque autorizada pela norma coletiva.

d) Teletrabalho

O contrato entre empregado e empregador poderá, com a nova regra contida na CLT, ser ajustado sob a modalidade de "teletrabalho" ou ser alterado de presencial para teletrabalho (trabalho à distância). O legislador partiu da premissa que o empregado livremente pode abrir mão do Capítulo "Da Duração do Trabalho", renunciado às horas extras, à hora noturna, ao adicional noturno e aos intervalos intra e interjornadas, mesmo que controlado e fiscalizado.

Além disso, o parágrafo único do art. 75-E da CLT autoriza que a simples assinatura de um termo de responsabilidade exclui a responsabilidade do patrão pelas doenças profissionais, mesmo as decorrentes da atividade exercida (ex.: tenossinovite). Nesta esteira de raciocínio, o art. 75-D da CLT autoriza o repasse do investimento nos meios de produção, nas ferramentas, dos meios tecnológicos e da estrutura ao empregado.

Em suma, muitos direitos trabalhistas podem ser renunciados pelo empregado se ele optar ou concordar com sua condição de teletrabalhador.

e) Distrato – direitos – art. 484-A da CLT

O distrato é a extinção do contrato por comum acordo. O PDV é uma espécie de distrato, mas de iniciativa e com incentivo do patrão.

A novidade trazida pelo art. 484-A da CLT é que o distrato pode ocorrer sem um programa prévio criado pelo patrão e sem o incentivo de um prêmio, isto é, sem a obrigatoriedade de o empregador em oferecer um montante em dinheiro para incentivar à adesão de empregados ao programa.

A novidade legislativa permite o levantamento parcial do FGTS (80%) e a percepção, pela metade, do aviso prévio indenizado e metade da indenização adicional sobre o FGTS, além das férias e trezenos a que tiver direito. Assim, o aviso prévio e a indenização adicional do FGTS são transacionados com o patrão, para que este pague a metade do valor que seria devido em caso de despedida imotivada.

f) Arbitragem – art. 507-A da CLT

O art. 507-A da CLT tornou disponíveis todos os direitos trabalhistas dos empregados que recebem mais que o teto ali imposto ao autorizar que a eventual lide decorrente deste contrato de emprego possa ser resolvida pela arbitragem.

REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

1. RELAÇÃO DE EMPREGO – REQUISITOS

A relação de emprego se assemelha à prestação de serviços, pois o que é contratado é o trabalho e não o resultado final, mas dela se distingue pelos seus requisitos, hoje descritos nos arts. 2º e 3º da CLT.

Os arts. 2º e 3º da CLT relacionam todos os requisitos necessários para a configuração da relação de emprego. Para que um trabalhador urbano ou rural seja considerado como empregado, mister que preencha, ao mesmo tempo, todos os requisitos abaixo:

a) pessoalidade;
b) subordinação;
c) onerosidade;
d) natureza não eventual;
e) o empregado não corre o risco do empreendimento.

Via de consequência, a ausência de qualquer um destes requisitos descaracteriza o trabalhador como empregado.

Podemos então, de acordo com os pressupostos acima, conceituar **empregado** como toda pessoa física que preste serviço pessoal, de natureza não eventual, a empregador (pessoa física ou jurídica), com subordinação jurídica, mediante salário e sem correr os riscos do negócio.

1.1. Pessoalidade

O contrato de emprego é pessoal em relação ao empregado. Isto quer dizer que aquele indivíduo foi escolhido por suas qualificações pessoais ou virtudes (formação técnica, acadêmica, perfil profissional, personalidade, grau de confiança que nele é depositada etc.). É contratado para prestar pessoalmente os serviços, não podendo ser substituído por outro qualquer de sua escolha, aleatoriamente. Todavia, pode o empregador pôr um substituto de sua escolha ou aquiescer com a substituição indicada pelo trabalhador. Isto quer dizer que o contrato é firmado com certa e

determinada pessoa.

Assim, o empregado não pode, quando bem entender, mandar o amigo, o vizinho, o pai ou o irmão no seu lugar para trabalhar.

> **Ex.:** Universidade contrata um professor para ministrar aulas de Direito. No dia da prova, o professor manda em seu lugar, ao seu bel-prazer, seu pai também professor, para substituí-lo em seu trabalho. Ora, o trabalho deve ser desenvolvido pelo professor contratado, não podendo fazer-se substituir por estranho à relação de emprego, salvo quando indicado pelo empregador ou quando este concordar com a substituição sugerida pelo trabalhador. Não foi o serviço (ministrar aulas) o contratado pela universidade, e sim a pessoa do empregado.

Este é o caráter pessoal da relação de emprego, a escolha da pessoa do empregado, e não do serviço. Contrata-se o meio (empregado) pelo qual se obtém o resultado final (serviço); o trabalhador é mero instrumento deste resultado.

A pessoalidade não é elemento exclusivo da relação de emprego. Também existe pessoalidade nas relações de sociedade, principalmente nas de pessoas; na representação comercial; nos contratos de prestação de serviços – art. 605 do CC; nos contratos de mandato etc.

1.2. Subordinação

A expressão subordinação deriva do termo *subordinare* (*sub* – baixo; *ordinare* – ordenar), isto quer dizer imposição da ordem, submissão, dependência, subalternidade hierárquica.

A subordinação ou dependência hierárquica tem sido muito utilizada como critério diferenciador entre o contrato de emprego e os demais contratos de trabalho (autônomo, representação comercial, mandato etc.).

Em face do poder de comando do empregador, o empregado tem o dever de obediência, mesmo que tênue (altos empregados), ou em potencial (profissionistas), podendo aquele dirigir, fiscalizar a prestação de serviços, bem como punir o trabalhador.

O empregador é dotado do poder de direção por comandar, escolher e controlar os fatores de produção da empresa. O poder de direção se desdobra em poder diretivo, em poder disciplinar e em poder hierárquico ou de organização.

Poder diretivo	Constitui a capacidade de o empregador de dirigir a empresa, escolher seus rumos e estratégias, dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando aos objetivos da empresa.

Poder disciplinar	Traduz-se no poder que tem o patrão de impor punições aos empregados.
Poder hierárquico ou de organização	Capacidade do empregador de determinar e organizar a estrutura econômica e técnica da empresa, aí compreendida a hierarquia dos cargos e funções.

A subordinação nada mais é que o dever de obediência ou o estado de dependência na conduta profissional, a sujeição às regras, orientações e normas estabelecidas pelo empregador inerentes ao contrato ou à função, desde que legais e não abusivas.

A subordinação está sempre presente na relação de emprego, algumas vezes mais, outras, menos intensa. Quanto maior a posição ocupada pelo empregado na hierarquia da empresa, ou quanto mais técnico ou intelectual o seu trabalho, normalmente mais tênue, frágil fica a subordinação.

A subordinação **jurídica** é que está presente na relação de emprego, seja porque ela decorre de lei (arts. 2º e 3º da CLT), seja porque cabe ao empregador dirigir a prestação de serviços e, portanto, o contrato.

Parassubordinação é a nomenclatura dada pelo Direito italiano aos trabalhadores que executam seus serviços nas relações de coordenação pois, embora o trabalho seja pessoal, mediante paga, têm uma subordinação tênue, mais frágil.

Defendemos que a parassubordinação é sinônimo de subordinação, e designa o estado de sujeição do trabalhador que não é empregado, podendo este ser autônomo, eventual, ou de qualquer outra espécie, como o representante comercial.

Existem trabalhadores que se situam na **zona *grise***, cinzenta, numa zona fronteiriça, de difícil classificação como empregados ou como não empregados. Quando não forem empregados, apesar das características similares às destes, a subordinação toma o nome de parassubordinação. Entretanto, convém ressaltar que a tese por nós defendida não é aceita por boa parte da doutrina. Alguns argumentam que a parassubordinação significa relação de coordenação ou cooperação.

O trabalho à distância (teletrabalho) não descaracteriza a subordinação – art. 6º da CLT, assim como a recusa do empregado em aceitar o serviço, no caso de contrato de trabalho intermitente (art. 452-A, § 3º, da CLT).

O **autônomo** não é empregado, seja porque corre os riscos do seu próprio ofício ou profissão ou porque não é subordinado. Normalmente este tipo de trabalhador não tem exclusividade, pois presta serviços para diversos tomadores.

O art. 442-B da CLT, que trata do trabalhador autônomo, foi incluído pela Lei 13.467/2017, gerando controvérsias a respeito do alcance do conteúdo desta nova norma. Entretanto, a MP

808/2017 alterou o referido dispositivo legal para determinar que

> "Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.
> § 1º É vedada a celebração de cláusula de exclusividade no contrato previsto no *caput*.
> § 2º Não caracteriza a qualidade de empregado prevista no art. 3º o fato de o autônomo prestar serviços a apenas um tomador de serviços.
> § 3º O autônomo poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviços que exerçam ou não a mesma atividade econômica, sob qualquer modalidade de contrato de trabalho, inclusive como autônomo.
> § 4º Fica garantida ao autônomo a possibilidade de recusa de realizar atividade demandada pelo contratante, garantida a aplicação de cláusula de penalidade prevista em contrato.
> § 5º Motoristas, representantes comerciais, corretores de imóveis, parceiros, e trabalhadores de outras categorias profissionais reguladas por leis específicas relacionadas a atividades compatíveis com o contrato autônomo, desde que cumpridos os requisitos do *caput*, não possuirão a qualidade de empregado prevista o art. 3º.
> § 6º Presente a subordinação jurídica, será reconhecido o vínculo empregatício.
> § 7º O disposto no *caput* se aplica ao autônomo, ainda que exerça atividade relacionada ao negócio da empresa contratante."

1.3. Onerosidade

Onerosidade significa vantagens recíprocas. O patrão recebe os serviços e o empregado, o respectivo pagamento. A toda prestação de trabalho corresponde uma contraprestação pecuniária ou *in natura*. Não há contrato de emprego gratuito, isto é, efetuado apenas em virtude da fé, do altruísmo, da caridade, ideologia, reabilitação, finalidade social, sem qualquer vantagem patrimonial para o trabalhador.

A onerosidade do contrato de trabalho é traduzida pelo pagamento de salário em pecúnia ou em utilidade. Um trabalhador que executar serviços em troca de casa e comida, o faz de forma onerosa. Seu pagamento (salário) é pago sob a forma de utilidade. Apesar de irregular, pois o empregador deveria pagar a maior parte do salário em pecúnia, na forma do art. 82, parágrafo único, da CLT, algum pagamento foi efetuado, logo, o trabalho se deu de forma onerosa.

1.4. Natureza habitual ou não eventual

A expressão "não eventual" referida no art. 3º da CLT deve ser interpretada sob a óptica do empregador, isto é, se a necessidade daquele tipo de serviço ou mão de obra para a empresa é permanente ou acidental.

A necessidade daquele tipo de serviço pode ser permanente (de forma contínua ou intermitente) ou acidental, fortuita, rara. Assim, a expressão "não eventual" caracteriza-se quando o tipo de trabalho desenvolvido pelo obreiro, em relação ao seu tomador, é de necessidade permanente para o empreendimento.

Não se deve confundir necessidade permanente da mão de obra com serviço inserido na atividade-fim da empresa empregadora, pois é possível um trabalhador ser empregado tanto na hipótese de seu serviço se inserir na atividade-fim do empregador, quanto na de corresponder à atividade-meio da empresa. A diferença é que naquela há presunção de necessidade permanente da mão de obra para o tomador, e nesta deve ser analisado o caso concreto. Eis a diferença.

O Direito do Trabalho brasileiro adotou a teoria mexicana, na qual a habitualidade ou não eventualidade está relacionada ao empregador, isto é, à **necessidade permanente da mão de obra** para o empreendimento.

Conclusão: o termo "não eventual", quando relacionado ao Direito do Trabalho, no ponto referente ao vínculo de emprego do urbano e do rural, tem conotação peculiar, pois significa necessidade permanente da atividade do trabalhador para o empreendimento (**ex.:** engenheiro para a construção civil; garçom para o restaurante; limpeza para o supermercado, para a faculdade, o escritório de advocacia, a farmácia), seja de forma **contínua** (**ex.:** garçom que trabalha de segunda a sábado em tempo integral para o restaurante) ou **intermitente** (**ex.:** garçom contratado apenas para trabalhar aos sábados e domingos, dias de maior movimento, mas durante todo o ano, ou aquele contratado somente no mês de dezembro em razão da grande procura do restaurante para festas de fim de ano).

Há algumas atividades em que se presume a necessidade permanente de certos serviços, pois indispensáveis para o empreendimento, seja porque ligados à sua atividade-fim, seja porque decorrentes da necessidade (**ex.:** cozinheiro e garçom para restaurante, médico para hospital, caixa para banco, atendente para loja – inserção na atividade-fim; limpeza para a universidade, para o supermercado, para boate, secretária para o escritório de uma indústria farmacêutica, o carregador e "descarregador" para a distribuidora de bebidas – serviços ligados à atividade-meio). Todavia, outros serviços não comportam a presunção de necessidade permanente para a empresa, como alguns ligados à atividade-meio da empresa. Neste caso, deve-se ter prudência na análise do caso concreto para a verificação da imprescindibilidade daquela mão de obra em relação à atividade do empregador (**ex.:** o publicitário para uma universidade, restaurante ou indústria). Quando uma empresa troca o trabalhador por outro que execute o mesmo serviço, diversas vezes está demonstrando que precisa permanentemente daquele tipo de mão de obra. Portanto, o fato de haver substituição de pessoal para a mesma atividade pode comprovar a necessidade permanente de determinada mão de obra para a empresa. Assim, se a indústria, o restaurante ou a universidade precisa manter permanentemente publicitários é porque necessita de seu trabalho (propaganda e

marketing) para atrair a clientela e combater os concorrentes; presente está a necessidade permanente desta mão de obra. No exemplo citado, o trabalho é não eventual em relação ao tomador.

A *contrario sensu*, **eventual** é o trabalho de necessidade acidental para o tomador. Deve-se afastar a ideia de repetição da atividade no tempo pelo mesmo obreiro (**ex.:** trabalhador contratado para executar manutenção e reparo nas portas e janelas de uma churrascaria). Mesmo que o serviço dure meses ou anos, dependendo do serviço (**ex.:** construção de um anexo para hospital ou reforma de um hospital), apesar dos demais requisitos presentes para caracterização do vínculo, a relação de emprego não se forma, já que acidental a atividade para empresa. Uma vez construído o hospital ou reparadas as portas da churrascaria, o trabalho não é mais necessário para aquele empreendimento.

1.5. Risco do negócio do empregador

Um empreendimento, para ter sucesso, depende de muitos fatores além de sorte, e quem corre o risco do negócio é sempre o empregador. Este é um critério diferenciador, já que todos os outros requisitos podem estar presentes, muitas vezes em maior ou menor intensidade, mas se o trabalhador correr o risco do empreendimento, empregado não será. O *caput* do art. 2º da CLT é claro nesse sentido.

A Lei 13.467/2017 trouxe modificações à CLT e algumas hipóteses em que o empregado terá um risco maior, sem descaracterizar a relação de emprego: a) o contrato intermitente, autorizado no art. 452-A da CLT, gera insegurança para o trabalhador que não tem garantia de quantidade de trabalho mínimo mensal, pois fica à mercê da convocação do patrão; b) o teletrabalhador, dependendo do ajuste, pode arcar com os custos da aquisição, manutenção dos equipamentos tecnológicos e infraestrutura do trabalho (art. 75-D da CLT); c) o empregado hiperssuficiente, caracterizado como aquele do art. 444, parágrafo único, da CLT) pode ajustar com patrão gastos que terá com seu próprio trabalho. As hipóteses mencionadas transferem ao empregado parte do risco do empreendimento, sem, contudo, segundo a lei, descaracterizar o vínculo.

1.6. Exclusividade

A exclusividade não é requisito nem para a caracterização nem para a descaracterização da relação de emprego. Em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento como o nosso, nem sempre é possível a manutenção de um único emprego. É comum o trabalhador cumular vários empregos, desde que não sejam no mesmo horário de trabalho, quando executados internamente. É o que ocorre normalmente com professores e médicos.

A obrigação do empregado que tem mais de um emprego é a de não concorrer com o seu empregador, não repassando informações importantes de um para outro, quando as empresas forem concorrentes e comunicar no período de férias que está obrigado ao trabalho na outra empresa – art. 138 da CLT.

A exclusividade não é presumida, deve ser expressa no contrato, já que se caracteriza como cláusula especial.

O § 1º do art. 442-B da CLT, acrescido pela MP 808/2017, proíbe a cláusula de exclusividade para contratação de trabalhador autônomo. Neste caso, este trabalhador poderá ser empregado, se presentes os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT.

EMPREGADOS DOMÉSTICOS

1. DOMÉSTICO

Doméstico é a pessoa física que trabalha de forma pessoal, subordinada, onerosa, por mais de duas vezes por semana, para outra pessoa física ou família que não explore atividade lucrativa com a sua mão de obra.

1.1. Enquadramento legal

O enquadramento legal (CLT, rural, doméstico ou estatutário) de um trabalhador não deve ser analisado pela atividade que exerce, e sim em função de para quem trabalha. Assim, se uma empregada exerce a função de cozinheira, este fato por si só não a enquadra em nenhuma das leis mencionadas, pois será necessário que se pesquise **quem é seu empregador**. Se o seu empregador for uma pessoa física que não explore a atividade lucrativa, será doméstica; se o seu empregador for um restaurante, um hotel ou uma loja comercial, será urbana; se seu empregador for rural, será rural.

É preciso lembrar que para ser doméstico basta trabalhar para empregador doméstico, independentemente da atividade que o empregado exerça, isto é, tanto faz se o trabalho é intelectual, manual ou especializado.

Portanto, a função do doméstico pode ser de faxineira, cozinheira, motorista, piloto de avião, médico, professor, acompanhante, garçom do iate particular, segurança particular, caseiro, enfermeira etc. O essencial é que o prestador do serviço trabalhe para uma pessoa física que não explore a mão de obra do doméstico com intuito de lucro, mesmo que os serviços não se limitem ao âmbito residencial do patrão.

Desta forma, o médico que trabalha todos os dias durante meses na casa de um paciente para acompanhá-lo pode ser doméstico. O piloto do avião particular do rico executivo é doméstico.

A enfermeira da idosa que executava seu serviço em sistema de trabalho de 12 horas por 24 horas de descanso, durante anos, em sua residência, ou em forma particular em hospital, acompanhando a patroa, é doméstica.

Percebe-se, dos exemplos acima, que o doméstico não é só a cozinheira, a babá, a faxineira, o motorista, a governanta, o vigia, o jardineiro, o mordomo, a copeira e a lavadeira, mas também podem ser domésticos: o professor, a enfermeira, o piloto, o marinheiro do barco particular etc. Assim também entende a doutrina e a jurisprudência majoritária.

Os requisitos da subordinação, onerosidade e pessoalidade estudados no Capítulo anterior também se aplicam aos empregados domésticos, logo, não serão novamente abordados neste. Passaremos a analisar os requisitos peculiares dos domésticos.

1.2. Continuidade

A revogada lei do doméstico (Lei 5.859/72, art. 1º) preferiu a expressão "natureza contínua" no lugar da utilizada pela CLT (art. 3º) "natureza não eventual". Tal diferenciação persistiu na Lei Complementar 150/2015.

Antes da LC 150/2015 não havia um critério objetivo para a interpretação da expressão "trabalho contínuo" o que gerou inúmeras correntes a respeito do tema. A primeira vertente entendia que era irrelevante a diferença e que os critérios para apreciação do trabalho contínuo eram os mesmos para o trabalho não eventual da CLT, isto é, o que importava era a necessidade permanente da mão de obra do doméstico, que poderia ser demonstrada pela repetição de seu trabalho durante todo o contrato, mesmo que exercido uma só vez por semana, por quinzena ou mês, mas durante muitos meses ou anos. Alguns autores chamavam esta corrente de teoria da descontinuidade. Para os defensores desta tese, seria doméstico tanto o empregado que trabalhava de segunda a sexta, durante seis anos para uma família, como aquele que trabalhava apenas às segundas-feiras para a mesma família, durante estes mesmos seis anos. Ressalte-se que essas teses existiam antes da Lei Complementar 150/2015, pois a nova regra apontou critério objetivo, sepultando as vertentes até então existentes.

Outra corrente entendia que foi proposital a distinção, porque o conceito de trabalho não eventual previsto na CLT (art. 3º da CLT) relacionava-se com a atividade empresarial, com seus fins e necessidades de funcionamento; e o empregador doméstico não explora atividade econômica lucrativa, pois não é empresa. Neste sentido, o trabalho "contínuo" relacionava-se com o seu conceito linguístico, isto é, vinculava-se com o tempo, a repetição, com o trabalho sucessivo, seguido, sem interrupção.

A tese dominante que vigorava na égide da revogada Lei 5.859/72, era a de que a repetição dos trabalhos domésticos deveria ser analisada por semana, desprezando o tempo de duração do contrato, de forma que se o trabalhador executasse seus serviços três ou mais dias na semana, por mais de quatro horas por dia seria empregado doméstico. Se trabalhasse todos os dias, mas por apenas 1 hora, como o *personal trainer*, a manicure, o professor particular etc., não seria empregado doméstico e sim diarista doméstico sem vínculo de emprego.

Durante a vigência da Lei 5.859/72 filiávamo-nos à corrente que defendia que trabalho **contínuo** era aquele desenvolvido três ou mais dias na semana, por mais de quatro horas a cada dia. Todavia, era possível, excepcionalmente, acolher como empregado doméstico aquele que trabalhava apenas dois dias, mas ficava à disposição as 48 horas destes dias, como, por exemplo, no caso das

enfermeiras particulares ou seguranças particulares. Só o caso concreto poderia demonstrar o trabalho contínuo.

A Emenda Constitucional 72/2013 não alterou os requisitos do vínculo de emprego do doméstico. Todavia, a LC 150/2015 foi explícita em afirmar que trabalho contínuo é o desenvolvido por mais de dois dias na semana. A nova lei foi omissa na quantidade de horas mínimas laboradas por dia, permanecendo a falha legislativa. Assim, permanece a celeuma a respeito do tema.

1.3. Pessoa física ou família

a) Pessoa Física

Não pode a pessoa jurídica ser a tomadora do serviço doméstico. Portanto, não são considerados domésticos os empregados em atividades assistenciais, beneficentes, comerciais (lavadeira de hotel ou pensão), industriais (cozinheira da fábrica). Também não pode um profissional liberal ser o tomador do serviço doméstico, quando tomar os serviços do trabalhador para sua atividade econômica (faxineira do escritório de um advogado, engenheiro, médico etc.). Mesmo os entes jurídicos especiais, sem personalidade formal, não podem contratar empregados como domésticos, como é o caso da massa falida e do condomínio.

b) Família

Quando o serviço é prestado para a família, esta é a real empregadora do doméstico. Todavia, como a família não tem personalidade jurídica, a responsabilidade pela assinatura da CTPS ficará a cargo de um dos membros que a compõem. Sendo assim, todos os membros capazes da família, que tomam os serviços do doméstico, são empregadores. O conceito de família deve ser entendido como reunião espontânea de pessoas para habitação em conjunto, mesmo que não haja vínculo de parentesco entre elas. Desta forma, é possível equiparar ao conceito de família, para fins de caracterização do empregador doméstico, amigos que coabitam numa mesma casa, casal homossexual, famílias diferentes etc.

Comunidades maiores (colégios, albergues, conventos) devem ser descartadas, por perderem a semelhança com a família e por não importarem em reunião espontânea do grupo.

Se o casal, com dois filhos menores, contrata uma doméstica, é certo afirmar que ambos são empregadores e, por isso, solidariamente responsáveis por este contrato, mesmo que apenas um deles trabalhe para sustentar o grupo, arcando, por isso, com os salários da doméstica. Da mesma forma, quando três amigas coabitam, uma paga a doméstica, a outra, as despesas da casa e a terceira, as contas extras. Apesar de apenas uma arcar diretamente com os salários da doméstica, todas são igualmente empregadoras, já que todas tomam os serviços domésticos e pela equivalência com a família.

Todos os membros maiores e capazes da família são coempregadores domésticos e respondem

solidariamente pelos encargos trabalhistas, mesmo aqueles que não contribuem com o salário da doméstica.

Convém ressaltar, porém, que apenas uma pessoa vai assinar a carteira. Demandado em juízo apenas um cônjuge ou amigo, o outro poderá representar o réu demandado como corresponsável, sem necessidade de carta de preposição, por também ser considerado empregador.

Ocorrendo a separação do casal (ou das amigas), o cônjuge que se afastar e, por isso, não mais receber os serviços da doméstica, deixa de ser responsável por aquele contrato. Caso a carteira tenha sido por ele assinada, basta uma anotação (no local destinado para as observações gerais) de que o responsável exclusivo pelo contrato permanece sendo apenas o outro. Não deve ser procedida a baixa, nem anotado outro contrato, pois o pacto permanece o mesmo, de forma única, apenas com responsáveis diferentes.

1.4. Atividade de natureza não lucrativa

Sob a óptica do tomador dos serviços, e não do seu prestador, o trabalho exercido não pode ter objetivos e resultados comerciais ou industriais, restringindo-se tão somente ao interesse do tomador ou de sua família. Logo, o patrão não pode realizar negócios com o resultado do trabalho do empregado. A energia de trabalho despendida pelo empregado doméstico não pode ter como finalidade o lucro do patrão. Dessa maneira, quando na residência há um pensionato ou sistema de fornecimento de alimentos, tanto a faxineira quanto a cozinheira deixam de ser domésticas para serem empregadas comuns (urbanos).

1.5. Âmbito residencial

Há um equívoco (resquício do trabalho escravo – escravo da casa – escravo da família) na redação contida no art. 1º da LC 150/2015, também previsto na revogada Lei 5.859/72, quando se refere ao trabalho executado no âmbito residencial do empregador doméstico, pois o trabalho pode ser exclusivamente externo e ser caracterizado como doméstico, como ocorre com o motorista, o segurança, o piloto, a acompanhante etc. Melhor teria sido a expressão "para" o âmbito residencial, isto é, é doméstico quem executa serviços para a família, para o consumo da família e não para terceiros.

Sob outro ponto de vista, é importante salientar que o doméstico pode executar seus serviços tanto na unidade familiar principal do patrão, como em residências mais distantes, como a casa de praia, casa de campo etc. Isto porque o deslocamento para fora da residência principal, no exercício das funções domésticas, não descaracteriza a relação (motorista em viagens).

2. DIREITOS

Alguns dos direitos dos domésticos estão no art. 7º, parágrafo único, da CRFB, outros na LC

150/2015. Outros, ainda, em leis esparsas.

Por força do art. 19 da Lei Complementar 150/2015, observadas as peculiaridades do trabalho doméstico, é aplicável a CLT de forma subsidiária. Antes desta lei, os domésticos eram excluídos da CLT (art. 7º, a, CLT) e alguns de seus artigos eram utilizados apenas para dar eficácia aos direitos constitucionais estendidos ao domésticos e não regulamentados por lei especial.

Os domésticos também têm direito ao vale transporte, podendo ser pago em dinheiro, como autorizado pelo parágrafo único, do art. 19 da LC 150/2015. Aliás, o direito ao vale transporte já tinha sido estendido ao doméstico desde a própria Lei 7.418/85.

A Lei 11.324/2006 concedeu estabilidade à gestante, férias de 30 dias, direito aos feriados e a proibição de descontos por concessão de algumas utilidades, direitos mantidos pela LC 150/2015.

Em abril de 2013 foi promulgada a emenda constitucional 72, que alterou o parágrafo único do art. 7º da Constituição e estendeu aos domésticos novos direitos, antes só garantidos aos urbanos (CLT) e rurais. Entre os novos direitos estão: jornada de 8 horas diárias, limitadas a 44 semanais; hora extra com acréscimo de 50% e, dependendo de regulamentação, por expressa determinação do legislador: adicional noturno, FGTS + 40% e seguro-acidente. A Lei Complementar 150/2015 regulamentou os direitos do doméstico, criou outros e o conceituou de forma mais precisa. Mais tarde, foi criado o e-social (Resolução 780, do CCFGTS, de 24 de setembro de 2015), que possibilitou o recolhimento da nova cota previdenciária, FGTS, indenização adicional e seguro por acidente de trabalho a partir de outubro de 2015.

Abaixo, a nova redação do art. 7º da CRFB:

> Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII *e, atendidas as condições estabelecidas* ***em lei*** e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

DIREITOS CONSTITUCIONAIS (art. 7º, parágrafo único)	**LEI COMPLEMENTAR 150/2015 E LEIS EXTRAVAGANTES**
• relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória;	

• seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; • fundo de garantia do tempo de serviço; • salário mínimo; • irredutibilidade salarial; • décimo terceiro salário; • remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; • proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; • salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; • duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;	
• repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; • remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; • gozo de férias anuais com acréscimo de um terço; • licença à gestante de 120 dias, sem prejuízo do emprego e dos salários;	• vale-transporte; • utilidades; • estabilidade gestante; • férias de 30 dias; • feriados; • adicional noturno; • horas extras + 50%;

- licença-paternidade;
- proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- aviso prévio proporcional ao tempo de serviço de, no mínimo, 30 dias;
- redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
- integração à Previdência Social;
- assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 6 (seis) anos de idade em creches e pré-escolas;
- reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
- seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;
- proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
- proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

- compensação de jornada, com pagamento das primeiras 40 horas extras;
- intervalo intrajornada e interjornada;
- adicional de 25% sobre as horas normais pelo trabalho em viagem acompanhando o patrão;
- FGTS + 40%;
- seguro-desemprego.

• proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.	

TRABALHADOR RURAL

1. RURAL

O trabalhador rural é regido pela Lei 5.889/73 que, em seu art. 17, dispõe que as suas normas se aplicam ao empregado e ao não empregado rural.

São espécies de trabalhadores rurais não empregados: boias frias (eventuais), meeiros, parceiros, arrendatários; são empregados rurais aqueles contratados por prazo indeterminado, por safra e por contrato de curta duração.

2. CONCEITO E ENQUADRAMENTO LEGAL

Até hoje persiste a controvérsia acerca do conceito de empregado rural, mesmo a Lei 5.889/73 tendo sido expressa em afirmar que empregado rural é quem trabalha para empregador rural em prédio rústico ou propriedade rural.

A celeuma não gira em torno dos elementos comuns como: habitualidade, pessoalidade, subordinação ou onerosidade. Estes elementos são idênticos aos dos empregados urbanos (da CLT).

Tudo começou com a redação contida no art. 7º, *b*, da CLT, que conceituava rural como aquele que, "**exercendo funções diretamente ligadas à agricultura e à pecuária**, não seja empregado em atividades que, pelos métodos de execução dos respectivos trabalhos ou pela finalidade de suas operações, se classifiquem como industriais ou comerciais" (grifos nossos).

Pelo texto legal acima, o enquadramento de um trabalhador como rural ou urbano era avaliado segundo as atividades exercidas pelo trabalhador. Se pastoreira, campesina, agrícola ou ligada à pecuária, o empregado deveria ser rural.

Todavia, o mesmo texto legal, em sua parte final, acrescentou mais requisitos e, com isso, limitou o conceito de rural, pois exigiu que a finalidade ou os métodos de execução do trabalho não se classificassem em empresa industrial ou comercial, analisando a atividade do empregador.

A falta de cuidado do legislador com a redação do texto legal acarretou muitas controvérsias.

Convém não esquecer que, como regra geral, a CLT enquadra legalmente seus empregados de acordo com as atividades de seus empregadores. Assim, se um empregado é cozinheiro a norma legal que lhe amparará será escolhida segundo o seu empregador. Se o empregador for um hotel, um comércio, um restaurante, o trabalhador será urbano. Se o cozinheiro trabalhar para a pessoa física

no âmbito da residência desta, sem atividade lucrativa, será doméstico. Se cozinhar para empregador rural, que oferece aos seus empregados rurais refeições, será empregado rural.

O enquadramento sindical também se baseia na atividade preponderante da empresa – art. 511 e seguintes da CLT. Portanto, este é um traço característico da CLT.

Com base neste traço característico, a jurisprudência majoritária da época se posicionou – Súmula 196 do STF: "Ainda que exerça atividade rural, o empregado de empresa industrial ou comercial é classificado de acordo com a categoria do empregador".

Todavia, a Lei Complementar 11/71, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (Pró-Rural), conceituou o empregado rural como aquele que presta "serviços rurais" a empregador. Logo, a lei abandonou o enquadramento pela atividade do empregador e, quebrando todas as regras da CLT, o faz pela atividade do empregado. A partir de então, até hoje, a doutrina e jurisprudência ainda não afinam no mesmo diapasão.

Injustificável tanta controvérsia, pois, como já afirmado acima, o art. 2º da Lei 5.889/73 foi expresso em afirmar que "empregado rural é toda pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não eventual a **empregador rural**..." (grifos nossos).

Pelo conceito acima exposto, notamos que o que distingue o empregado rural do urbano é o seu empregador e não a atividade que exerce.

Entrementes, a Resolução 775/82, da antiga Comissão de Enquadramento Sindical, estabelece que os empregados de usinas de cana-de-açúcar que executem seu serviço no plantio, cultura ou colheita sejam considerados rurais, e aqueles que executem seus serviços dentro da usina, urbanos.

Como nenhum regulamento ou ato do Executivo pode afrontar ou contrariar a lei, entendemos que a Resolução é ilegal, mesmo assim a dúvida persiste até os dias atuais.

Defendemos que a Lei 5.889/73 pacificou a matéria. **Empregado rural é aquele que trabalha para empregador rural**. Da mesma forma entendem Carrion, Délio Maranhão e Sérgio Pinto Martins.

De outro lado, defendendo que o conceito de empregado rural ainda está ligado aos métodos de execução do trabalho, isto é, quando o empregado executar seus serviços na agricultura, pecuária ou no campo, estão Alice Monteiro de Barros e Süssekind.

Há uma terceira corrente, defendida por Godinho, no sentido de se adotar um outro critério. Para se definir o empregado rural seriam necessários dois requisitos: atividade do empregador + local de trabalho, isto é, além de o empregador explorar atividade rural, o empregado deve trabalhar em prédio rústico ou propriedade rural.

O conceito de empregado rural atinge as atividades típicas e atípicas do campo.

É possível enquadrar legalmente como empregado rural o motorista, o peão, a professora dos peões, o boiadeiro, o piloto do avião, mecânico, pedreiro, carpinteiro ou o tratorista, desde que seu

empregador seja rural ou empresa rural agroindustrial, pois neste caso, a atividade preponderante do empregador é rural.

Empregador rural é aquele que explora atividade rural, como conceituada no art. 3º da Lei 5.889/73 e no art. 2º do Decreto 73.626/74. O tema será mais bem estudado nos próximos itens.

No mesmo sentido a OJ 38 da SDI-I do TST, já que empresa de reflorestamento é caracterizada como rural.

3. PROPRIEDADE RURAL E PRÉDIO RÚSTICO

No que diz respeito às expressões "em propriedade rural ou prédio rústico", parte da doutrina afirma que estas são sinônimas, enquanto outra vertente aponta em sentido contrário, isto é, de que as expressões são distintas. Para esta última, prédios rústicos são os imóveis, sem construções e de pequenas dimensões geográficas, destinados à exploração agroindustrial, enquanto, **propriedade rural** compreende meios de produção com maquinaria moderna, tecnologia, perdendo a aparência rústica. Concordamos com esta opinião.

Prédio rústico é o estabelecimento rudimentar, com pouca ou nenhuma maquinaria, de pequenas dimensões, enquanto propriedade rural tem edificações, maquinaria moderna ou ostensiva, onde a atividade não é considerada feita de modo rudimentar, rústico.

Rústico é o prédio onde se guarda sua produção embaixo de lençóis ou em barracos de madeira. Propriedade rural é o estabelecimento em que, para o mesmo produto, há grandes reservatórios, com temperatura controlada, e guardados por edificação de alvenaria.

Sérgio Pinto entende que prédio rústico é aquele que é destinado à exploração agrícola, mesmo que localizado em perímetro urbano ou rural.

Por outro lado, e de forma isolada, Godinho defende que prédio rústico é o situado na área urbana, embora a exploração econômica da empresa seja enquadrada como de atividade rural, enquanto propriedade rural é a situada na área geográfica rural.

4. CONCEITO DE EMPREGADOR RURAL

De acordo com o art. 3º da Lei 5.889/73, **empregador rural** é a pessoa física ou jurídica, proprietária ou não, que explore atividade agroeconômica, em caráter temporário ou permanente, diretamente ou por meio de prepostos e com auxílio de empregados.

Inclui-se na atividade econômica rural a exploração industrial em estabelecimento agrário não compreendido na CLT – art. 3º, § 1º, da Lei 5.889/73.

O § 4º do art. 2º do Decreto 73.626/74 elucida melhor a questão quando explica que:

> Consideram-se como exploração industrial em estabelecimento agrário, para os fins do

parágrafo anterior, as atividades que compreendem o primeiro tratamento dos produtos agrários *in natura* sem transformá-los em sua natureza, tais como:

I – o beneficiamento, a primeira modificação e o preparo dos produtos agropecuários e hortigranjeiros e das matérias-primas de origem animal ou vegetal para posterior venda ou industrialização;

II – o aproveitamento dos subprodutos oriundos das operações de preparo e modificação dos produtos *in natura*, referidas no item anterior;

§ 5º Para os fins previstos no § 3º, não será considerada indústria rural aquela que, operando a primeira transformação do produto agrário, altere a sua natureza, retirando-lhe a condição de matéria-prima.

A transformação da matéria-prima, em sua aparência ou qualidade, é o principal processo da industrialização de um produto. Apesar de o processo industrial envolver outros métodos, apenas o da transformação da aparência foi o considerado para diferenciar, para fins trabalhistas, uma indústria urbana da rural. Logo, se houver qualquer processo de industrialização sem transformar a matéria-prima na sua aparência *in natura*, isto é, sem mudar a forma como vem da natureza, a indústria será rural. Se, todavia, alterá-la, será empresa urbana.

Desta forma, o beneficiamento, a embalagem, o ensacamento, o recondicionamento, o descaroçamento, o descascamento, a limpeza, a pasteurização, o resfriamento, a fermentação, a secagem, o seccionamento, o abate, o corte etc. são considerados atividades rurais. Além disso, todo aproveitamento de produtos e subprodutos também, como os grãos da vagem (feijão, ervilha, por exemplo), o leite ou couro da vaca etc.

Por este motivo, o **forneiro** é considerado industriário, já que trabalha na indústria de carvão vegetal, que é um produto novo, não encontrado com esta aparência na natureza. O mesmo se diga em relação aos trabalhadores do **alambique** (transforma a cana em cachaça), na **usina de cana-de-açúcar** (transforma a cana em açúcar) e na de álcool (transforma a cana em álcool), já que tais produtos não são encontrados desta forma na natureza. Cabe salientar que, nestes casos, há quem defenda que os que trabalham com o corte da árvore, o cultivo, plantio ou corte da cana, são rurais, e os que trabalham na usina, industriários.

4.1. Consórcio de empregadores rurais

Atualmente aceita-se que o trabalhador rural esteja subordinado a um consórcio ou condomínio de empregadores, situação que foi disciplinada pela Portaria 1.964/99 GM/MTE, em que estes empregadores, mediante um pacto de solidariedade, efetuado na forma do art. 265 do Código Civil, contratam trabalhadores rurais para a execução de suas atividades.

Segundo Alice Monteiro de Barros, o Ministério Público do Trabalho apoia esta situação, como

uma boa opção de flexibilização trabalhista, sem que isto acarrete uma condição precária ao trabalhador.

De acordo com o art. 1º, parágrafo único, da Portaria 1.964/99 do GM/MTE, considera-se consórcio de empregador rural a união de produtores rurais, pessoas físicas, com a finalidade única de contratar empregado.

A finalidade da lei foi a de diminuir a informalidade do trabalho do campo, estimulando a reunião de empregadores rurais para dividirem o mesmo empregado. Um deles é escolhido para representar o grupo e assinar a CTPS. Todos devem efetuar um pacto de solidariedade para responsabilidade comum pelas dívidas trabalhistas e fiscais, na forma do art. 3º da portaria acima referida c/c o art. 25-A, § 3º, da Lei 8.212/91.

4.2. Grupo econômico rural

O art. 3º, § 2º, da Lei 5.889/73 admite tanto o grupo por subordinação quanto o por coordenação, para fins de solidariedade passiva dos créditos trabalhistas do empregado rural. A solidariedade será sempre passiva. Portanto, o grupo rural se distingue do urbano.

5. TRABALHADORES RURAIS

A Lei 5.889/73 se aplica a todos os trabalhadores rurais, inclusive àqueles que não têm relação de emprego, como os boias-frias, os meeiros, arrendatários e parceiros (art. 17 da Lei 5.889/73).

Os empregados rurais podem ser classificados em dois tipos: empregados rurais e safristas. Ambos são empregados, todavia, o **safrista** é contratado por prazo determinado e seu contrato tem a duração da safra – termo incerto (art. 14 da Lei 5.889/73).

A Lei 11.718/2008 acrescentou o art. 14-A, autorizando o produtor rural pessoa física a contratar por prazo determinado de curta duração empregados rurais com salários proporcionais ao tempo de trabalho, uma espécie de contrato por tempo parcial, o que sempre foi possível. Portanto, nesse aspecto a norma não trouxe novidades. Todavia, estipulou que esse contrato deve ser escrito e com termo máximo de 2 meses de vigência, dentro do período de um ano, sob pena de ser convertido em indeterminado o contrato.

Nítida foi a intenção da lei de obrigar ao reconhecimento do vínculo de emprego de trabalhadores rurais que eram indevidamente tratados como "eventuais", em face da curta duração de seu trabalho. O legislador deixou claro que trabalhos de até dois meses, apesar de duração temporária, também caracterizam o liame empregatício.

O **boia-fria** ou **"volante"** é o trabalhador eventual que aceita qualquer serviço, a qualquer momento, em qualquer lugar e para qualquer pessoa que lhe ofereça o melhor pagamento, não tendo empregador rural, pois não há repetição do serviço, e, por isso, falta o requisito da pessoalidade, o

que impede, portanto, a formação do vínculo de emprego com o tomador.

Infelizmente na maioria das vezes é este tipo de trabalhador rural que é cooptado para o trabalho escravo, que em pleno século XXI ainda existe no Brasil.

Existem, ainda, outros trabalhadores rurais, como o parceiro, o meeiro e o arrendatário que, como correm os riscos do negócio, não possuem vínculo de emprego com o empregador rural.

O **arrendamento rural** ocorre quando uma determinada pessoa obriga-se, por meio de contrato, a ceder para outra o uso e gozo de propriedade rural por tempo determinado, mediante pagamento de aluguel mensal e para exercer ali atividades de exploração agrícola ou pecuarista, agroindustrial, extrativa ou mista. Está previsto nos arts. 3º, 16 e 33 do Decreto-lei 59.566/66.

A **meação agrária** é estabelecida por meio de um contrato de parceria, no qual o proprietário tem direito a 50% do que o seu parceiro, não proprietário, produzir. Tal espécie de contrato chegou a ser abolido pelo extinto Estatuto da Terra (Lei 4.504/64), sendo reintroduzido no ordenamento jurídico com o disposto do art. 195, § 8º, da CRFB.

O trabalhador rural pode, também, trabalhar em parceria com o empregador rural. Neste caso, por ser um parceiro, o trabalhador poderá subcontratar, ajudar na compra dos produtos que serão plantados etc. No entanto, seu percentual será menor do que o do empregador rural. No caso da parceria, parte da jurisprudência admite a coexistência de um contrato deste tipo e de um contrato de trabalho.

Entende-se como **parceria rural** o contrato pelo qual um indivíduo cede a outro determinado imóvel rural, com o objetivo de nele desenvolver atividade de exploração agropecuária, mediante participação nos lucros.

Apesar de o trabalhador rural ter lei específica e de o Decreto 73.626/74 haver indicado quais os artigos da CLT que deveriam ser aplicados aos rurais, entendemos que as demais normas celetistas também devem ser aplicadas ao empregado rural, naquilo que não contravenha à Lei 5.889/73, seja por aplicação do princípio da norma mais favorável, seja porque um decreto não pode exceder os limites da lei e excluir direitos nela previstos ou limitar outros.

Também é comum encontrar no campo os chamados **turmeiros** ou **gatos**, que são os agenciadores dos fazendeiros que, em nome destes, fazem a intermediação entre o empregador rural e o "boia-fria". Não podem ser considerados empregadores, nem intermediadores de mão de obra.

5.1. Contrato misto

O art. 12 da Lei 5.889/73 c/c o art. 25 do Decreto 73.626/74 autorizou o contrato misto, que quer dizer que, entre o mesmo empregado e o mesmo patrão é possível haver dois contratos distintos: um de emprego e outro de natureza civil (arrendamento, meação ou parceria), desde que este último recaia sobre **cultura secundária, subsidiária ou intercalar**, não podendo o patrão descontar dos salários do empregado-parceiro os lucros ou prejuízos obtidos na plantação intercalar ou

subsidiária. Caso haja necessidade de contratar empregados safristas para o trabalho na plantação secundária, a responsabilidade trabalhista recairá exclusivamente sobre o empregador (art. 25, § 2º, do Decreto 73.626/74).

O fato de um empregado manter com seu patrão contrato misto retira-lhe o direito à remuneração do repouso e feriados, na forma do art. 2º da Lei 605/49.

6. DIREITOS DO TRABALHADOR RURAL – LEI 5.889/73

O art. 1º da Lei 5.889/73 determina que "as relações de trabalho rural serão reguladas por esta Lei e, no que com ela não colidirem, pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho".

Por sua vez, o Decreto 73.626/74, em seu art. 4º, arvorando-se de um poder que não detinha, enumera os artigos da CLT que entende serem aplicáveis ao rural.

Defendemos que o decreto contrariou e extravasou os limites da lei, pois não elencou alguns dos artigos celetistas perfeitamente compatíveis com a lei do rural, como, por exemplo, o intervalo de 15 minutos para jornadas de até seis horas; o pagamento pela supressão do intervalo intrajornada, entre outros.

6.1. Peculiaridades do trabalhador rural e distinções

6.1.1. Aviso prévio

No período do aviso prévio trabalhado pelo empregado rural notificado da despedida injusta a lei lhe garante o direito a descansar um dia por semana (art. 15 da Lei 5.889/73), não se lhe aplicando a regra contida no art. 488 da CLT, que concede ao urbano a redução de duas horas por dia ou de sete dias consecutivos quando o trabalhador é o notificado da dispensa imotivada e trabalha no período do pré-aviso. Ao rural também se aplica o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, apesar de a lei não haver sido expressa neste sentido.

As demais regras a respeito de aviso prévio previstas na CLT são aplicáveis ao rural, por serem perfeitamente compatíveis, tais como: aviso prévio indenizado ou a possibilidade de desconto no salário do valor do aviso (quando o empregado for o notificante e não trabalhar no período); integração ao tempo de serviço para todos os efeitos legais; possibilidade de justa causa no seu curso; integração dos benefícios no período do aviso prévio etc.

6.1.2. Intervalo interjornada

Para trabalho superior a seis horas é obrigatória a concessão de intervalo para alimentação de, no mínimo 1 hora, cujo horário respeitará os usos e costumes da região, conforme o art. 5º da Lei 5.889/73 c/c o art. 5º, § 1º, do Decreto regulamentador.

Apesar de a lei do rural não prever qual o limite máximo para o intervalo intrajornada daquele

que trabalha mais de seis horas, entendemos pela aplicação do art. 71 da CLT, isto é, o limite máximo é de duas horas, salvo para os trabalhos intermitentes, quando a lei tem regra própria.

A Lei 5.889/73 também não prevê o direito ao intervalo de 15 minutos para jornadas de até seis horas, como o faz o art. 71, § 1º, da CLT. Entendemos ser aplicável o art. 71, § 1º, da CLT ao rural, em face de sua plena compatibilidade, como determina o art. 1º da Lei 5.589/73.

Dúvida de relevo existia quanto à aplicação do § 4º do art. 71 da CLT, uma vez que, para alguns, a natureza jurídica do adicional devido em virtude da supressão total ou parcial do intervalo intrajornada era de penalidade e esta não se aplicaria analogicamente.

Não concordávamos com esta opinião. Sendo silente a lei do rural a CLT deve ser aplicada. Por outro lado, o adicional devido em virtude da supressão do intervalo para refeição deveria ser adicional de hora extra, logo de natureza salarial, posição que prevaleceu até a alteração do art. 71 da CLT pela Lei 13.467/2017. Sendo assim, a partir de 11.11.2017, o empregador deve pagar apenas a parte suprimida do intervalo e de natureza não salarial, isto é, de natureza indenizatória, devendo ser modulada a Súmula 437, I, do TST.

6.1.3. Intervalo

Para os **serviços intermitentes** é possível intervalo superior a cinco horas, que não será computado na jornada de trabalho, desde que tal previsão esteja ressalvada na CTPS do empregado rural (art. 6º da Lei 5.889/73 c/c art. 10, parágrafo único, do Decreto 73.626/74). O parágrafo único do art. 10 do Decreto 73.626/74 considera serviço intermitente aquele que, por sua natureza, seja normalmente executado em duas ou mais etapas diárias distintas, desde que haja interrupção do trabalho de, no mínimo cinco horas, entre uma e outra parte da execução da tarefa. É o que ocorre, por exemplo, com a ordenha das vacas, que é feita pela manhã e ao entardecer; com a irrigação manual do plantio, que é feito pela manhã e ao entardecer.

6.1.4. Horário e adicional noturno

O horário noturno dos rurais que trabalham na agricultura é aquele executado entre às 21 horas e às 5 horas da manhã do dia seguinte; para aqueles que trabalham na pecuária é considerado trabalho noturno o serviço executado entre às 20 horas e às 4 horas da manhã. A hora noturna é acrescida de 25% (art. 7º, parágrafo único, da Lei 5.889/73). A lei não menciona qual a hora noturna, daí porque alguns defendem ser a mesma do relógio, isso é, de 60 min e outros que a CLT, nesta parte, deve ser aplicada (52’30’’).

6.1.5. Safrista

Considera-se **safrista** o empregado rural contratado para trabalhar durante a safra. A duração de seu contrato (a termo) dependerá das variações estacionais da atividade agrária (art. 14, parágrafo

único, da Lei 5.889/73). Entende-se como safra o período compreendido entre o preparo do solo para o cultivo e a colheita (art. 19, parágrafo único, do Decreto 73.626/74).

6.1.6. Utilidades

A cessão pelo empregador de moradia e de bens destinados à produção não integram a remuneração do rural, desde que caracterizados como tal em contrato escrito, com testemunha e notificação obrigatória do sindicato (art. 9º, § 5º, da Lei 5.889/73).

O percentual da alimentação corresponde a 25% do salário mínimo, e o da habitação, a 20% – art. 9º, alíneas *a* e *b*, da Lei 5.889/73.

O desconto no salário do rural nos percentuais acima depende de prévia anuência do trabalhador, sob pena de nulidade – art. 9º, § 1º, da Lei 5.889/73. As demais utilidades também podem ser estendidas ao rural, respeitando sua regra especial da necessidade de autorização do desconto pelo empregado.

Defendemos que, em face da plena compatibilidade, aplicam-se aos rurais o art. 82, parágrafo único, da CLT (pagamento mínimo de 30% em dinheiro), bem como os §§ 1º e 2º do art. 458 da CLT, não se lhes aplicando, todavia, os §§ 3º e 4º do art. 458 da CLT, por disporem de forma diferente sobre o direito previsto na lei específica do rural.

De forma diversa, Alice Monteiro de Barros afirma que o rurícola deve receber, pelo menos, 55% (cinquenta e cinco por cento) do salário mínimo em espécie, já que, de acordo com o art. 9º da Lei 5.889/73, a alimentação (25% – vinte e cinco por cento) e a habitação (20% – vinte por cento) compõem o salário mínimo do trabalhador rural.

6.1.7. Moradia

Rescindido o contrato, o empregado rural estará obrigado a devolver em 30 dias o imóvel que lhe foi destinado por força do contrato (art. 9º, § 3º, da Lei 5.889/73).

6.1.8. FGTS, PIS e Salário-Família

Antes da Constituição de 1988 ao rural não era garantido o direito ao FGTS nem ao PIS. Seu tempo de serviço era regido pelo art. 478 da CLT, e contando com mais de 10 anos no mesmo serviço adquiria estabilidade no emprego, na forma dos arts. 492 e seguintes da CLT.

Só após a Constituição de 88 os rurais passaram ao regime do FGTS, não mais se aplicando, para os admitidos após a CF, os arts. 478 e 492 e seguintes da CLT. Logo, todos os rurais têm direito ao FGTS e ao PIS.

O salário-família só foi concedido ao rural após a Lei 8.213/91 (Súmula 344 do TST).

6.1.9. Insalubridade e periculosidade

Adicionais de insalubridade e de periculosidade foram expressamente estendidos ao rural a partir da Constituição de 1988.

6.1.10.Discriminação à idade

Entendemos pela inconstitucionalidade de duas regras dirigidas ao rural.

A primeira é aquela contida no art. 11, parágrafo único, da Lei 5.889/73 (e art. 15, parágrafo único, do Decreto regulamentador), em face da discriminação que faz ao menor de 16 anos, destinando-lhe salário inferior ao pago ao adulto, sem qualquer critério além do da idade. Ressalte-se que a lei não se refere ao menor aprendiz, mas apenas ao menor de 16 anos.

A segunda grosseira inconstitucionalidade, também por ato de discriminação em razão da idade, desta vez avançada (art. 5º da CRFB), é o disposto no art. 23, parágrafo único, do Decreto 73.626/74, que faculta a dispensa por justa causa do empregado rural incapacitado para o trabalho em razão de idade avançada.

6.1.11.Prescrição parcial

Não corria a prescrição para o rural no curso do contrato de emprego (art. 7º, XXIX, *b*, c/c art. 233 da CRFB). Todavia, a Emenda Constitucional 28, de 25/05/2000 (republicada no dia 29/05/2000), revogou o art. 233 da CRFB e alterou a redação do art. 7º, XXIX, *b*, da CRFB, aplicando ao rural a prescrição parcial de cinco anos.

Em que pesem as considerações acima, a **prescrição parcial** só começou de fato a partir da data da publicação da Emenda Constitucional e seus efeitos só se produziram de fato após 29 de maio de 2005, pois nenhuma lei poderá ter eficácia retroativa, nem a Lei Maior, sob pena de ferir o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Não é crível a corrente que defende que a data do ajuizamento da ação é o marco definidor da prescrição. Prescrição é regra de direito material e seus prazos são definidos em lei material, que não sofrem alteração pela data do ajuizamento da ação.

A demora no ajuizamento da ação, ultrapassando o marco fixado em lei material, é que torna inexigível a pretensão.

Todavia, este era o entendimento do TST com a antiga redação da OJ 271 da SDI-I do TST que, após severas críticas, alterou sua redação que continua defeituosa. Hoje também deve ser observada a OJ 417 da SDI-I do TST.

Logo, se o contrato de trabalho foi firmado (rompido ou não) antes da promulgação da EC 28/2000, tem-se que a parte do contrato que vigorou antes da Emenda Constitucional será regida pela lei anterior, e a parte posterior, pelos novos prazos.

Não se deve fazer distinção de prazos prescricionais pela data da extinção do contrato, como

pretendem alguns doutrinadores, pois a extinção do contrato faz fluir a prescrição bienal, não alterada pela EC 28/2000, não modificando em nada a prescrição parcial.

Não se discute sua eficácia, que é plena, porém, somente para as lesões ocorridas após o dia 29 de maio de 2005, quando a Emenda completou cinco anos.

Compartilhamos esta posição, como explicado anteriormente, assim como Godinho e Romita.

A OJ 417 da SDI-I do TST corretamente estabelece que o prazo de cinco anos começa a fluir da lesão, se esta ocorreu após a EC 28/2000.

A nova redação do art. 11 da CLT, alterado pela Lei 13.467/2017, agora regula também a prescrição do rural.

EMPREGADOR

1. EMPREGADOR

De acordo com o art. 2º da CLT, empregador é a **empresa**. Ao contrário do afirmado em diversas obras jurídicas, não vemos qualquer absurdo no fato do legislador celetista ter considerado como empregador a empresa, e não a pessoa jurídica ou física que contrata, assalaria e toma os serviços do trabalhador.

Explicou, na época, Arnaldo Süssekind, um dos membros da Comissão Elaboradora da Consolidação das Leis do Trabalho, que Rego Monteiro propôs à Comissão Elaboradora do projeto da CLT que se reconhecesse a empresa como sujeito de direito da relação de emprego, com a nítida intenção de firmar um conceito capaz de refletir a despersonalização do empregador, de forma a proteger seus empregados, abandonando o conceito civil clássico a respeito do tema.

Assim, sendo a empresa um modo de operar de um sujeito de direito, ela assume uma "cor subjetiva". Logo, o contrato de trabalho leva mais em consideração a **empresa** (a atividade econômica produtiva, o empreendimento) que a pessoa que a explora (o empresário).

Vinculando o empregado à atividade econômica (empresa), e não à pessoa física ou jurídica que a explora, o legislador protegeu o empregado das substituições de pessoas que exploram o empreendimento e das manobras fraudulentas que visem a impedir a aplicação da lei trabalhista. Desta forma, a mudança de sócio, a alteração da estrutura da empresa, a alteração do tipo de sociedade, a transferência do fundo de comércio e qualquer outro ato nesse sentido, não trarão prejuízos aos contratos de trabalho, conforme os arts. 9º, 10, 448 e 468 da CLT.

A CLT, desde 1943, adotou esta postura progressista, com o objetivo de proteger o trabalhador, vinculando-o à empresa, independente dos titulares dela. Desta forma, tem-se a teoria da despersonificação ou da **despersonalização do empregador**, o que irá justificar, inclusive, a sucessão de empresários.

No entanto, apesar da posição supracitada ser majoritária, existem outras correntes (minoritárias) para explicar a expressão "empresa", utilizada pelo legislador e contida no art. 2º, *caput*, da CLT como um equívoco ou um erro.

Na verdade, a intenção real do legislador foi a de proteger o empregado em razão de possíveis alterações no controle e transferência da empresa. Pode-se dizer que a CLT pretendeu equiparar a empresa a um bem, e o contrato de trabalho a uma obrigação de ônus reais ou *propter rem*, ou seja, o

contrato de trabalho acompanha a empresa, e não o titular desta, em face do efeito sequela inerente ao direito real. É uma ficção jurídica.

1.1. Empregador "por equiparação"

Percebe-se da leitura do § 1º do art. 2º da CLT, que o legislador utilizou a expressão "equiparam-se".

Teria sido proposital o uso do vocábulo "equiparam-se" ou foi uma "falha técnica" da lei? Duas correntes tentam resolver a questão.

A primeira, por nós defendida, no sentido de que o § 1º quis esclarecer que a pessoa física ou jurídica que não explore atividade lucrativa também é empregadora quando contratar empregados. Na verdade, a lei afirma "equiparam-se ao empregador", mas, na verdade, quis dizer "também é empregador" aquele que emprega trabalhadores, mesmo que não se enquadre no conceito formal de "empresa", já que o *caput* do art. 2º conceitua o empregador como a "empresa". Logo, houve falha técnica na redação.

Isto porque os profissionais liberais, associações beneficentes e outras entidades sem fins lucrativos não são considerados empresas ou empresários e, sob este argumento, poderiam tentar burlar a aplicação da lei trabalhista.

Em outras palavras: o legislador incluiu como empregadoras as pessoas que, embora não se enquadrem no conceito técnico de empresa ou de empresário, têm os mesmos direitos e obrigações dos demais empregadores mencionados no *caput* do art. 2º da CLT.

A segunda vertente prefere afirmar que "empregadores por equiparação" são os entes sem personalidade jurídica.

1.2. Empresa e estabelecimento

Estabelecimento é o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos que instrumentalizam e realizam a empresa – art. 1.142 do CC.

Empresa é a unidade econômica produtiva organizada e, como tal, seu conteúdo é abstrato. Para o atual Código Civil (art. 966), a empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

Trata-se de atividade, isto é, do conjunto de atos destinados a uma finalidade comum, organizando fatores da produção, para produzir ou fazer circular bens ou serviços. Não basta um ato isolado, é necessária uma sequência de atos dirigidos a uma mesma finalidade, direcionados ao mercado para satisfação de necessidades alheias, para configurar a empresa.

As atividades relativas às profissões intelectuais, artísticas, científicas e literárias, via de regra, são exercidas por profissionais liberais, salvo quando constituam elemento de empresa (art. 966,

parágrafo único, do novo Código Civil). Isto se explica porque em tais atividades prevalece a natureza individual e intelectual sobre a organização, a qual é reduzida a um patamar inferior. Portanto, é a relevância dessa organização que diferencia a atividade empresarial de outras atividades econômicas.

A empresa deve abranger a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado. A empresa, entendida como atividade econômica organizada, não se confunde nem com o sujeito exercente da atividade, nem com o complexo de bens por meio dos quais se exerce a atividade, que representam outras realidades distintas.

A empresa não possui personalidade jurídica, e nem pode possuí-la, e consequentemente não pode ser entendida como sujeito de direito (salvo sob a óptica do legislador trabalhista, que pretendeu ir além do conceito técnico de empresa), pois ela é a atividade econômica que se contrapõe a seu titular, isto é, ao exercente daquela atividade. O titular da empresa é o empresário.

A CLT não foi técnica, pois ora utiliza a expressão "empresa" no sentido de estabelecimento, ora no sentido de pessoa jurídica e, algumas vezes como empregador ou sociedade empresária. O mesmo ocorreu com a palavra "estabelecimento".

2. GRUPO ECONÔMICO

2.1. Conceito

O Direito do Trabalho, diante da concentração econômica, posicionou-se no sentido de oferecer aos empregados de um estabelecimento coligado a um grupo de empresas a garantia de seus direitos, evitando manobras fraudulentas e outros atos prejudiciais que se prestariam, com relativa facilidade, às interligações grupais. Esta é a origem da norma do § 2º do art. 2º da CLT.

O art. 243, § 2º e o art. 266 da Lei 6.404/76 definem o grupo econômico, sendo que este último preconiza que "cada sociedade conservará personalidade e patrimônio distintos".

Todavia, é possível a existência de grupo econômico fora das sociedades anônimas e do conceito formal regulado pela lei.

Os grupos podem se formar pelas integrações entre os empreendimentos resultantes de **fusões** (duas ou mais sociedades se unem para criar uma nova, a qual se tornará a sucessora na totalidade de direitos e obrigações), **cisões** (uma empresa transfere uma parte ou todas as parcelas de seu patrimônio para uma ou mais sociedades existentes para essa finalidade, ocorrendo sua extinção no caso de cisão total ou apenas uma repartição de capital, que é a cisão parcial), **incorporações** (uma ou mais empresas são absorvidas por outra, que se torna a titular dos direitos e das obrigações) ou qualquer outro mecanismo que vincule direta ou indiretamente empresas associadas.

2.2. Grupo por subordinação e por coordenação

De acordo com o § 2º do art. 2º da CLT:

> § 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, **estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico**, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego. (grifos nossos)
> § 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, **a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.** (grifos nossos)

O critério para reconhecimento dos grupos é dado pela noção de controle contida no art. 243 da Lei 6.404/76. Esta noção deixa subentendido o **grupo por subordinação**, isto é, pressupõe a existência de uma empresa controladora e de outra ou outras controladas. Daí por que a antiga redação do § 2º do art. 2º da CLT (alterado pela Lei 13.467/2017) utilizava a expressão "estiverem sob a direção, controle ou administração de outra". Logo, antes da Reforma Trabalhista a CLT previa a solidariedade apenas para os grupos verticais ou por subordinação.

Os **grupos econômicos** podem ser divididos em grupos de direito e grupos de fato. Os de direito podem ser subdivididos em grupos por subordinação ou por coordenação.

GRUPO POR SUBORDINAÇÃO OU VERTICAL	GRUPO POR COORDENAÇÃO OU HORIZONTAL
Pressupõe uma empresa controladora e outras controladas, em uma relação vertical	Se apresentam quando houver reunião de interesses para execução de determinado empreendimento, tendo ou não o mesmo controle ou administração comum. Podem ter relação de controle entre si, numa linha horizontal, e não vertical

Isto é, não haverá no grupo horizontal uma empresa controladora e outra(s) controlada(s), uma líder (*holding*) e outras lideradas. Apesar de autônomas e independentes, estão integradas entre si pela ingerência, administração comum, como se subordinadas umas às outras administrativamente. Por trás desta administração comum pode estar um ou alguns sócios ou uma pessoa física no controle

de todas.

O grupo por coordenação é aquele em que não há controle nem administração de uma empresa por outra, mas sim uma reunião de empresas regidas por uma unidade de objetivos. Para a lei de S/A haveria necessidade de um contrato de consórcio para a caracterização do grupo horizontal ou por coordenação.

Todavia, a realidade tem nos mostrado que os grupos econômicos horizontais muitas vezes não têm qualquer contrato de consórcio entre si, apesar de regidos por um objetivo comum e pela reunião de interesses, aparentando verdadeiro consórcio. Logo, é possível, na prática, a existência de grupos horizontais (e até verticais) em sociedades civis ou limitadas, sem qualquer contrato de consórcio entre as pessoas jurídicas.

Exemplo de grupo horizontal: Churrascaria Porcão, situada no Rio de Janeiro. Cada um dos "estabelecimentos da empresa" aparece formalmente como pessoa jurídica distinta, com CNPJ, inscrição estadual e personalidade jurídica próprios. Formalmente, são várias as pessoas jurídicas que exploram a mesma atividade econômica, sob a mesma marca e controle de alguns sócios que se repetem em todas as sociedades, para quem o controle é confiado. Estas pessoas jurídicas admitem empregados e os "transferem" de uma para outra pessoa jurídica como se estivessem alterando apenas o estabelecimento de trabalho. Estes exemplos comprovam que existe grupo econômico horizontal ou por coordenação fora das hipóteses rígidas previstas na Lei de S/A.

Nesse sentido a nova redação do § 2º do art. 2º da CLT e o § 3º do mesmo artigo. Isso quer dizer que agora a CLT adota expressamente os dois tipos de grupos econômicos para fins de solidariedade, mas com algumas restrições, abaixo apontadas para o grupo por coordenação.

Percebe-se que foi nítida a intenção do legislador reformista (Lei 13.4672017) de excluir as empresas que, embora mantenham relação de cooperação entre si, com objetivos comuns, não tenham **atuação conjunta**. Portanto, estão excluídos os contratos de parcerias, os de facção, os de franquia e todos que não apresentarem efetiva "atuação conjunta".

Na **franquia** não há ingerência administrativa dos sócios de uma sociedade na administração das outras "franqueadas". Há, apenas, um vínculo formal de cumprimento das regras de uso e exploração da marca e produto.

Logo, na franquia não há formação de grupo econômico trabalhista, já que a pessoa que adquire a franquia paga apenas para utilizar a marca, os produtos e o *know-how* da "franqueadora". De resto, controla seu próprio negócio, o administra e não sofre a ingerência administrativa ou controle gerencial da franqueadora. Seus empregados não possuem qualquer relação com os empregados das demais pessoas jurídicas que também exploram a mesma franquia ou com o franqueador.

O contrato de **franquia** é entabulado entre o franqueador (aquele que concede o direito de uso e distribuição de marcas, serviços ou tecnologias de sua propriedade e remuneração) e franqueado (aquele que adquire essa concessão, assumindo os riscos do uso desses direitos), estabelecendo-se

entre as partes uma relação jurídica empresarial que tem por objetivo, de um lado, o fortalecimento da atividade econômica pela aplicação de menores investimentos e, de outro, o acesso a um mercado que não exige maiores esforços de conquista. Portanto, não pode ser caracterizado grupo econômico por coordenação, grupo por subordinação, nem terceirização de mão de obra, não havendo responsabilidade do franqueador pelos direitos trabalhistas dos empregados do franqueado, nem dos franqueados entre si.

Ressalte-se que o § 3º do art. 2º da CLT afirma que a mera identidade de sócio(s) não caracteriza, por si só, o grupo econômico, sendo necessária a demonstração de interesses comuns, integrados, e a atuação em conjunto das empresas integrantes do grupo. Lógica e coerente a afirmação legal, pois um empresário bem-sucedido pode investir em vários negócios, sem que este ato, por si só, gere grupo econômico.

2.3. Requisitos para a caracterização

Alguns dados facilitam a caracterização do grupo:

a) identidade de sócios majoritários, que se constata por meio dos atos constitutivos das respectivas empresas ou de sócios de uma mesma família, desde que haja entre as empresas administração comum ou efetiva atuação em conjunto;
b) diretoria de uma sociedade composta por sócios de outra, que interfere na administração daquela;
c) criação de uma sociedade por outra, com ingerência administrativa;
d) uma sociedade ser a principal patrocinadora econômica de outra e tendo o poder de escolha dos dirigentes da patrocinada;
e) uma pessoa jurídica ser acionista ou sócia majoritária de outra;
f) ingerência administrativa da(s) mesma(s) pessoa(s) física(s) ou jurídica(s) sobre a(s) outra(s)
g) uma pessoa jurídica ter o poder de interferir nos atos de administração e gestão de outra, em uma relação de subordinação administrativa e ingerência etc.

A existência do grupo de empresas se comprova por qualquer meio lícito de prova, inclusive por indícios e circunstâncias. Uma vez comprovado o grupo, por força de lei decorre a solidariedade entre as empresas consorciadas ou coligadas.

Há duas teorias a respeito de quem é o verdadeiro empregador: o grupo ou a pessoa jurídica que assinou a carteira de trabalho do empregado. A primeira vertente, inspirada na "teoria da solidariedade passiva", posiciona-se no sentido que o empregador é a pessoa jurídica e não o grupo, havendo, apenas, responsabilidade comum entre as empresas. A segunda corrente, majoritária na doutrina, antes da Lei 13.467/2017, baseava-se na "teoria da solidariedade ativa" e defendia que

todas as empresas do grupo se constituem num único empregador, isto é, é o próprio grupo que é o empregador, e não apenas a pessoa jurídica que assina a carteira do trabalhador. Essa tese foi abandonada pela nova redação do § 2º do art. 2º da CLT. A partir de 11.11.2017, os grupos econômicos apenas desafiam a solidariedade passiva.

2.4. Solidariedade

O § 2º do art. 2º da CLT, com a nova redação pela Lei 13.467/2017, não mais menciona que as empresas do grupo serão, para "(...) da relação de emprego, solidariamente responsáveis (...)". A nova redação aponta que as empresas do grupo "serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego." Essa modificação da parte final do § 2º do artigo 2º da CLT teve a intenção de abolir a solidariedade ativa, teoria adotada por parte da doutrina. Explico:

A solidariedade pode ser, segundo a doutrina civilista, ativa ou passiva.

A **solidariedade ativa** é a existente entre credores, e a passiva, entre codevedores. Esta é a regra contida no Código Civil prevista no art. 267 do CC e se dá entre credores solidários, isto é, quando muitos trabalhadores tiverem uma dívida comum em face de um empregador.

A **solidariedade passiva** está regulada no art. 275 do CC para devedores solidários, isto é, quando um grupo de empresas for solidário em relação às obrigações trabalhistas assumidas por elas.

Antes da alteração legislativa pela Reforma Trabalhista, havia controvérsia se a solidariedade abraçada pela CLT era ativa ou passiva. Havia correntes para todos os lados. Uns adotando exclusivamente a ativa, outros apenas a passiva. Da nossa parte, defendíamos e continuamos a defender que as duas poderiam e podem ser aplicadas, mesmo depois da Reforma Trabalhista.

Mas, se as empresas se confundirem numa só, como normalmente acontece em alguns dos grupos horizontais ou por coordenação, quando, por exemplo, os empregados trabalharem para todas as pessoas jurídicas do grupo, mesmo tendo a carteira assinada apenas por uma delas, ficará comprovada a promiscuidade entre elas e, com isso, deverá ser adotada a solidariedade ativa. Este raciocínio poderá ser aplicado, mesmo depois da Lei 13.467/2017, pela fraude.

A Súmula 129 do TST se posicionou no sentido de que o serviço prestado, dentro da mesma jornada de trabalho, para mais de uma empresa do grupo, não configura a existência de dois contratos de trabalho, salvo ajuste em contrário. Assim, nos casos de solidariedade ativa o empregador é o grupo, mas quem assina a carteira é a pessoa jurídica que contratou.

Resumindo: a reforma trabalhista ampliou a solidariedade também para certos grupos por coordenação e restringiu sua classificação para abraçar apenas a solidariedade passiva. Entretanto, em casos de fraude será possível aplicar a ativa.

3. SUCESSÃO DE EMPRESÁRIOS

O legislador trabalhista foi tímido ao regular a sucessão, pois gastou apenas três artigos, sendo um genérico (art. 10) e outros mais específicos (arts. 448 e 448-A da CLT) para tratar do tema. Daí por que a matéria ainda é tormentosa até os dias atuais, permitindo que a jurisprudência aponte as hipóteses de sucessão, dentro das possíveis interpretações.

3.1. Conceito

Sucessão de empresários ocorre quando há **1)** transferência da empresa; **2)** de forma provisória ou definitiva; **3)** a título público ou privado; **4)** graciosa ou onerosamente; **5)** desde que o sucessor continue explorando a mesma atividade econômica que explorava o sucedido; **6)** pouco importando a continuidade da prestação dos serviços pelo empregado, uma vez que o novo titular responde tanto pelas obrigações trabalhistas dos contratos em curso como pelas que se extinguiram antes da transferência da titularidade da empresa, pois o contrato de trabalho, em relação ao empregador, não é *intuito personae* – Inteligência da combinação dos arts. 10 e 448 da CLT; e **7**) O sucedido não responde pelas dívidas trabalhistas após a sucessão, já vez que a doutrina o desonera de tal responsabilidade.

É um fenômeno trabalhista que só ocorre com as empresas urbanas ou rurais. Não ocorre com os empregadores domésticos, pois a estes não se aplicam as regras da CLT e este tipo de empregador não se caracteriza em uma empresa, pois não explora atividade econômica lucrativa.

3.2. Transferência

O fato gerador da sucessão é a **transferência** da titularidade de toda ou de parte da empresa, de uma pessoa jurídica ou física para outra, seja a que título for. Além disso, é necessário que o novo titular da empresa explore a mesma atividade econômica do sucedido.

No entanto, existem atividades econômicas que englobam outra ou outras muito parecidas, como, por exemplo, banco comercial e banco de investimentos (atividades similares) ou supermercado que também oferece refeições. Nesses casos, há julgados defendendo a sucessão.

Há jurisprudência que entende que essa exploração tem que ser de atividade idêntica, não bastando que seja apenas similar ou conexa. Todavia, existe posição contrária, minoritária, no sentido de que se o sucessor adquirir a empresa para explorar atividade similar e conexa àquela antes desenvolvida pelo sucedido, haverá sucessão.

A empresa pode ser realizada por intermédio de vários estabelecimentos e, com isso, toda ela pode ser alienada ou apenas alguns estabelecimentos, logo, parte da empresa. A sucessão pode ser, pois, de toda ou de parte da empresa.

O fato de uma pessoa jurídica ou um empresário se estabelecer num local que outrora foi explorado por outra empresa distinta, mesmo que aquela contrate alguns dos empregados do antigo empreendimento extinto ou reduzido, e aproveite parte da maquinaria, por si só, não configura a

sucessão.

Para tanto, necessário que aquela antiga empresa tivesse sido alienada ou transferida a qualquer título para esta.

Logo, para ocorrer a sucessão é necessário haver prova da transferência da titularidade da empresa.

> **Ex.:** A GLT Postos de Gasolina Ltda. possuía uma matriz e cinco filiais, isto é, seis estabelecimentos. Um deles, o que se situava na Rua Dois de Dezembro, n. 10, após dez anos de funcionamento, foi fechado em razão das dificuldades econômicas que a sociedade atravessava. O imóvel locado, onde se situava o estabelecimento, foi devolvido, e retirados os bens pessoais e móveis. Poucos meses depois, Amarelinho Postos de Gasolina Ltda., expandindo seus negócios, encontra naquele imóvel o local perfeito para criar outro estabelecimento, pois no subsolo já se encontravam os tanques necessários e, acima do solo, as bombas velhas e desgastadas, além das facilidades com o a lei municipal, em face da atividade e local. Contatado, então, o proprietário do imóvel o aluga no estado em que se encontra para o novo inquilino. Este, ao se instalar, promove reformas e contrata empregados, dentre eles alguns que já tinham trabalhado para o antigo Posto GLT, pois conheciam a clientela.

Nesta hipótese entendemos que não houve sucessão. Apesar da atividade econômica da primitiva pessoa jurídica ser **igual** (e não a **mesma**) à que está sendo explorada pela segunda pessoa jurídica (a atual) e, de ter havido aproveitamento de parte dos tanques subterrâneos e de algumas bombas, do endereço e de alguns empregados, não houve transferência de um titular para outro.

Isto é muito comum com lojas de *shoppings centers* ou restaurantes de rua que se revezam no mesmo endereço e com atividades idênticas, só que não as mesmas. A cada semestre ou ano uma loja ou restaurante fecha e outro, com atividade igual ou similar, aluga o imóvel e se estabelece no mesmo endereço.

Estes fatores não geram sequer presunção de sucessão. A sucessão necessita da prova da transferência da atividade econômica produtiva organizada de um para outro empresário.

Cumpre esclarecer, ainda, que se o adquirente comprar apenas o nome, ou seja, a marca de uma empresa já extinta, não acarretará sucessão se nada mais for aproveitado.

A prática tem demonstrado que a comprovação da sucessão é mais fácil em negócios grandes, envolvendo sociedades anônimas ou grandes empresas, quando toda a transação é escriturada. Nas pequenas operações, a tarefa costuma ser bem mais árdua. Não raro aparecem “laranjas”, em esquemas bem articulados entre antecessores e novos empreendedores, com ardil tão bem engendrado que praticamente inviabiliza a colheita de provas e a caracterização da sucessão com

base no art. 10 da CLT.

3.3. Provisória ou definitiva

A titularidade da empresa pode ser transferida de um para outro titular de forma definitiva ou de forma interina.

São exemplos de transferências ou alienações definitivas: compra e venda, doação, cessão definitiva, fusão, incorporação, cisão, arrematação em hasta pública ou leilão público; e de provisórias: arrendamento, usufruto, locação, comodato, cessão provisória, concessionário de serviço público etc.

3.4. Título público ou privado

A alienação da empresa pode ter natureza privada, como nos casos da compra e venda, locação, arrendamento e doação entre particulares. Também pode ocorrer quando o título jurídico de transferência for público ou quando o Estado fizer parte ou determinar.

A seguir alguns exemplos de sucessão a **título público**:

a) privatização, leilão público, desestatização;
b) substituição de concessionário de serviço público;
c) substituição do tabelião titular de cartório extrajudicial.

Em todos estes casos poderá ocorrer a sucessão, desde que o sucessor continue explorando a mesma atividade-fim que o sucedido, aproveitando total ou parcialmente a maquinaria, os bens corpóreos ou incorpóreos.

As sucessões derivadas de título público são as que mais geram polêmica na doutrina e na jurisprudência. Basta uma simples análise das Orientações Jurisprudenciais do TST ou de suas Súmulas para percebermos as contradições nos entendimentos. Enquanto na sucessão a título privado o sucessor assume o ativo e o passivo da empresa – OJ 261 da SDI-I do TST, nas que decorrem de troca de concessionário de serviço público (título público), o entendimento da mesma Corte Superior é o de isentar o novo arrendatário ou concessionário do serviço público das obrigações decorrentes dos contratos extintos antes da sucessão – OJ 225 da SDI-I do TST. Já quando se trata de desmembramento de Município, desonera-se o sucessor de todas as obrigações trabalhistas decorrentes dos contratos extintos ou vigentes – OJ 92 da SDI-I do TST. Ou seja, há, neste caso, sucessão do contrato, mas não da dívida.

a) Privatização ou desestatização

Há privatização quando uma empresa estatal é vendida ou alienada para uma pessoa particular, ou quando uma pessoa jurídica de direito privado passa a explorá-la por concessão ou delegação

pública. A privatização importa na sucessão.

b) Substituição de concessionário de serviço público

Existem atividades econômicas que o Estado pode explorar diretamente ou de forma indireta, como nos casos da comunicação por rádio, televisão, telefonia, fornecimento de água, luz, esgoto; transportes aéreos, marítimo, ferroviário, rodoviário, subterrâneo; atividades aduaneiras realizadas em portos etc.

Mediante licitação pública, concurso público ou ato similar, o Estado pode permitir que o particular, pessoa física ou jurídica, explore a atividade econômica de forma indireta, isto é, por meio de uma concessão ou permissão pública.

Alguns concessionários destes serviços públicos investem na criação dos bens materiais e imateriais para exploração da atividade econômica, outros optam pelo arrendamento, cessão, ou qualquer outro negócio jurídico, com aproveitamento total ou parcial dos bens existentes, de propriedade do Estado ou do particular (normalmente o patrimônio foi inicialmente construído pelo primeiro concessionário).

A **simples** substituição de um concessionário de serviço público por outro **não** acarreta por si só a sucessão, salvo se o novo concessionário aproveitar do anterior, mesmo que parcialmente, seu acervo, contratos, ponto, clientela, aviamento etc. Ou seja, a mera troca da pessoa jurídica ou física na exploração da concessão de serviço público não caracteriza sucessão de titulares da empresa, se esta não aproveitar os bens corpóreos ou incorpóreos, em parte ou totalmente do concessionário anterior.

Todavia, ocorre a sucessão quando o novo concessionário prefere aproveitar o acervo já existente, adquirindo máquinas, equipamentos, estabelecimento, ponto, clientela, contratos e demais bens materiais e imateriais. Este procedimento é comum, pois o novo concessionário não tem tempo hábil para construir e constituir clientela nova, já que os serviços públicos são essenciais à sociedade e, por isso, não podem sofrer paralisação. Diante desta necessidade ininterrupta que a atividade econômica exige, o novo concessionário acaba por aproveitar o acervo total ou parcial do anterior (concessionário primitivo), sucedendo-o nos contratos e débitos decorrentes de contratos de trabalho vigentes na época da sucessão (OJ 225 da SDI-1 do TST).

Ressalte-se que a sucessão ocorre mesmo que não haja o fim da pessoa física ou jurídica sucedida, mas apenas que esta deixe de explorar aquela atividade, transferindo-a para outro titular.

> **Exemplo** clássico é o da Rede Ferroviária Federal S.A., pioneira na exploração da atividade ferroviária e responsável pela construção do patrimônio, como a malha férrea, os trens, as estações, os pontos etc. Ao término do contrato de concessão, outra concessionária passou a explorar a mesma atividade econômica, aproveitando os bens materiais, alguns com contrato de arrendamento. Desta forma, a CBTU sucedeu a RFFSA, depois a Flumitrens sucedeu a

CBTU, mais tarde a Supervia.

Assim, entendeu a jurisprudência:

- exclusão da responsabilidade do sucessor para os contratos extintos antes da sucessão, aparentemente contrariando o entendimento majoritário espelhado na jurisprudência pela OJ 261 da SDI-I do TST;
- inclusão da responsabilidade do sucedido até a sucessão, mesmo que de forma subsidiária, pe período que trabalhou para o sucedido, desde que haja um contrato de exploração provisória dos bens de sua propriedade (e, apenas se trabalhou) – OJ 225[1] da SDI-1 do TST.

c) Cartórios extrajudiciais

Existem duas espécies de cartórios: os judiciais ou serventias judiciais, que se sujeitam ao Poder Judiciário, cujos servidores são funcionários públicos estatutários; e o segundo tipo de cartório, objeto do nosso estudo, que é o notarial ou de registro, exercido em caráter privado por outorga do Estado. Com o advento da EC 07/77, seus titulares passaram a ser escolhidos mediante aprovação em concurso público, abandonando o critério anterior, que era de concessão baseada em interesses políticos. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público – art. 236 da CF.

Os trabalhadores em cartórios extrajudiciais, como ajudantes, escreventes e auxiliares, são regidos pela CLT e, quando presentes os requisitos da relação de emprego, serão considerados **empregados**, porém, submetidos às normas da Organização Judiciária e subordinados também à Corregedoria. O art. 236 da CRFB determinou que a exploração do serviço notarial e de registro seria efetuado e explorado em "caráter privado", excluindo o Estado como empregador. Logo, o empregador será a pessoa física que o explorar.

De acordo com o art. 20 da Lei 8.935/94, o empregador é o tabelião titular, pois aufere vantajosa renda decorrente do serviço explorado e assume pessoalmente os riscos, como ações cíveis e criminais. Por isto, é a pessoa física que deve assinar a carteira de trabalho de todos os empregados do cartório.

Os cartórios extrajudiciais representam verdadeira unidade econômica, já que recebem as custas pelos serviços prestados, embora o respectivo titular exerça atividade delegada do Estado. Consequentemente, a legislação trabalhista é totalmente aplicável aos empregados de cartório e, por isso, pode ocorrer a sucessão quando houver substituição de um tabelião titular por outro, na forma dos arts. 10 e 448 da CLT.

Ao assumir o cartório, após aprovação em concurso público, o tabelião titular **sucede** o tabelião titular anterior, no que diz respeito às obrigações trabalhistas. Já o tabelião substituto não tem

qualquer responsabilidade, pois sua permanência no cartório se dá por ordem e determinação do Tribunal, e de forma precária. Ademais, o substituto não aufere as vantagens financeiras decorrentes da atividade empresarial, que são revertidas para o Estado, enquanto estiver vago o cartório. Isto se explica porque o serviço público é essencial e não pode ser paralisado, havendo, portanto, a necessidade da pessoa do tabelião substituto para dirigir, temporariamente, a atividade econômica e a prestação de serviços.

A Lei 8.935/94 regulamentou o art. 236 da CRFB/88, que estabeleceu que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, tendo consignado que lei específica iria regulamentar a atividade, bem como as responsabilidades decorrentes.

A intenção do legislador, ao atribuir a responsabilidade nos termos do art. 21 da Lei nº 8.935/94, foi estabelecer que, apesar de se tratar de serviço delegado pelo Poder Público, a referida responsabilidade estaria a cargo do titular do notário, cabendo ao Poder Público a fiscalização pela prestação do serviço.

Não se pode extrair do dispositivo em exame que eventual substituição do titular por outro não importaria na assunção dos riscos do empreendimento, com a responsabilidade pelos débitos trabalhistas porventura existentes, nos termos dos arts. 10 e 448 da CLT.

O serviço é prestado em caráter privado, embora por delegação do Poder Público. O **notário** assume os riscos da atividade econômica, nos termos do art. 2º da CLT. A única diferença é que há respeito às normas da Corregedoria, que tem papel apenas de fiscalização. Isto não desnatura a natureza trabalhista das relações e não impede a caracterização da sucessão.

Há, entretanto, tese contrária, sob o argumento de que o art. 236 da CRFB/88 estabelece provimento por concurso público, inexistindo ato negocial entre o antecessor e o novo titular, nem transferência do patrimônio.

Não podemos concordar com a tese acima, pois com a alteração da titularidade do serviço notarial ocorre a transferência de todos os elementos da unidade econômica que integram o cartório, como a clientela, a atividade desenvolvida, as firmas (assinaturas), a área de atuação e, algumas vezes, até o ponto e o estabelecimento, além dos demais elementos corpóreos ou incorpóreos da atividade empresarial, cujo conjunto se denominou de fundo empresarial. Acresce mais que a lei não estabelece como requisito a existência de ato negocial. Para ocorrer a sucessão basta a transferência da empresa, independentemente de existir "transação comercial", máxime quando se trata de mera substituição de concessionário ou de delegatário de serviço público.

A sucessão ocorrerá independentemente da continuidade do contrato de trabalho para o novo tabelião titular, em face da característica da obrigação trabalhista – *propter rem*, que adere à coisa e a persegue onde estiver.

Assim, o titular sucessor assume as obrigações e encargos contraídos pelo titular sucedido, nos termos dos arts. 10 e 448 da CLT, devendo responder pelos contratos de trabalho já rescindidos,

assim como pelos que continuaram em execução após a sucessão. Apesar do cartório extrajudicial não possuir personalidade jurídica, é parte legítima para figurar no polo passivo ou ativo da relação processual, uma vez que em caso de vacância continua exercendo suas atividades notariais, contratando empregados, assalariando-os e cumprindo com suas obrigações trabalhistas.

Ademais, segundo o art. 2º da CLT, empregador é a empresa, isto é, a atividade econômica produtiva, despersonificando a pessoa física ou jurídica que a explora.

Todavia, a jurisprudência tem posição oposta e só tem reconhecido a sucessão nos casos em que o empregado trabalhou também para o sucessor, na forma da OJ 225 da SDI-I do TST.

3.5. Oneroso ou gratuito

Alienação **onerosa** é aquela em que há contraprestação pecuniária ou em bens e serviços, isto é, há vantagens recíprocas; gratuita é aquela que ocorre graciosamente, sem qualquer vantagem para as partes. São onerosos a compra e venda, a locação, a arrematação, o leilão público etc. São **gratuitos** o comodato, a cessão, a doação, o usufruto, dentre outras modalidades de transferência do negócio sem encargo para o sucessor. Não há necessidade de que haja ato negocial propriamente dito.

3.6. Sucessor continua explorando a mesma atividade-fim que o sucedido

O fato gerador da sucessão é a transferência do negócio. Entretanto, este ato é complexo e só se aperfeiçoa quando outro ocorre. Não basta a transferência, é necessário, ainda, que o empresário sucessor continue a explorar a **mesma** atividade-fim que o sucedido. Se comprou o negócio para fechá-lo, não houve sucessão. Se o adquiriu para mudar a atividade-fim, não houve sucessão, mesmo que os empregados permaneçam os mesmos, nas mesmas funções e no mesmo endereço.

Dessa forma, se ocorrer a transferência, e a empresa adquirente mantiver a mesma atividade-fim da sucedida, ocorrerá sucessão.

3.7. Desnecessária a continuidade da prestação de serviços do empregado

Neste ponto, a doutrina e a jurisprudência não afinam no mesmo diapasão. A vertente majoritária na doutrina defende a tese de que o sucessor só responde pelos contratos que estavam em curso ou que se iniciaram após a sucessão. Esta corrente tomou mais força a partir da inclusão do art. 448-A à CLT.

Entendemos de forma diversa. O sucessor responde pelos débitos trabalhistas dos contratos **em curso**, por aqueles iniciados após a sucessão, bem como por aqueles **extintos** antes da sucessão, pois há assunção do ativo e passivo da empresa.

Apesar de a doutrina majoritária defender a primeira corrente (não responsabilidade do sucessor pelos contratos extintos antes da sucessão), os julgados dos tribunais regionais, em tímida maioria, adotam a segunda (quando se tratar de sucessão a título privado), isto é, a de que o sucessor

responde por tudo, como espelha a Orientação Jurisprudencial 261 da SDI-I do TST.

Entretanto, cumpre ressaltar que nos casos de substituição de concessionário de serviço público, o mesmo Tribunal adotou posição em contrário (Orientação Jurisprudencial nº 225 da SDI-I), no sentido de responsabilizar subsidiariamente o sucedido pelos débitos trabalhistas ocorridos até a data da concessão, e de isentar o sucessor pelos contratos extintos antes da transferência da concessão.

3.8. O sucedido fica desonerado das dívidas trabalhistas após a sucessão

A jurisprudência e agora também a lei (art. 448-A da CLT) consagraram o princípio de que o empresário sucessor responde pela totalidade da dívida trabalhista, desonerando o antigo desta responsabilidade.

Poderá, entretanto, haver solidariedade, excepcionalmente, por fraude (parágrafo único do art. 448-A da CLT), simulação, ou pacto de responsabilidade assumido pelo sucedido. Ressalte-se que, em sentido oposto, o ajuste celebrado entre as partes de exclusão de responsabilidade do sucessor não terá efeito trabalhista, onde o instituto ocorre ope legis (arts. 10 e 448 da CLT), servindo, apenas, como fundamento de ação de regresso no cível.

O art. 1.146 do Código Civil mantém a responsabilidade do devedor primitivo, de forma solidária, por 1 ano a partir da publicação (quanto aos créditos vencidos) e da data de vencimento (quanto aos demais créditos), mas apenas quando os débitos estejam contabilizados.

A jurisprudência também tem mantido a responsabilidade do sucedido, quando se tratar de substituição de concessionário de serviço público e o sucedido for o proprietário dos bens que estão sendo arrendados ao novo empresário – OJ 225[2] da SDI-I do TST.

Cabe ressaltar que, mesmo antes da inclusão do parágrafo único ao art. 448-A da CLT, a jurisprudência defendia que o sucessor não respondia solidariamente por débitos trabalhistas de empresa do grupo adquirida, na forma da OJ 411 da SDI-I do TST, desde que, à época, a devedora direta fosse solvente ou idônea economicamente, ressalvada a hipótese de má-fé ou fraude.

1 Entendemos que a OJ 225 da SDI-1 do TST continua vigente mesmo depois da Lei 13.467/2017 ter incluído o art. 448-A da CLT, por ser situação específica de arrendamento de bens.

2 Entendemos que a OJ 225 da SDI-1 do TST continua vigente mesmo depois da Lei 13.467/2017 ter incluído o art. 448-A da CLT, por ser situação específica de arrendamento de bens.

TERCEIRIZAÇÃO

1. NOMENCLATURA

A terceirização também pode ser chamada de exteriorização, desverticalização, subcontratação, colocação de mão de obra, intermediação de mão de obra[1], contratação de serviço ou contratação de trabalhador por interposta pessoa, *marchandage,* e horizontalização.

Na terceirização o vínculo empregatício se forma com o empregador aparente (prestadora de serviços), desde que regular, isto é, nos casos previstos em lei ou naqueles em que os requisitos formadores da relação de emprego entre o tomador e o trabalhador não estiverem presentes.

Caso contrário, de acordo com a regra trabalhista o vínculo de emprego será sempre com o seu real empregador, ou seja, com o tomador (salvo quando o tomador for ente da Administração Pública – art. 37, II, da CRFB).

2. CONCEITO

Terceirização é a relação trilateral que se forma entre o empregado, a empresa intermediadora (empregador aparente ou formal) e o tomador dos serviços (empregador real ou natural), em que esse último se vale da mão de obra de um trabalhador sem contratá-lo diretamente como empregado. Repassa as ordens, o pagamento e o trabalho para que a empresa interposta, colocadora dos serviços, o faça e se apresente formalmente como empregadora.

A Lei 13.429/2017 conceituou a terceirização geral (salvo as específicas) de prestação de serviços à terceiros.

A subcontratação de empregados contraria a finalidade do Direito do Trabalho, seus princípios e sua função social e, por isso, constitui-se em exceção ao princípio da *ajenidad*, em que a relação de emprego se forma diretamente com o tomador dos serviços, isto é, com o empregador natural (numa relação bilateral).

Ademais, a relação bilateral é regra de todos os contratos e a terceirização, exceção e, como tal, deve ser interpretada de forma restritiva.

3. DIVISÃO

A terceirização pode ser dividida em:

a) Terceirização permanente ou temporária

Temporária ou transitória é aquela adotada por curto período, para atender demanda eventual (acidental), como, por exemplo, a autorizada pela Lei 6.019/74.

Permanente é a terceirização que pode ser contratada de forma contínua, para necessidade permanente da empresa, como é o caso dos vigilantes (Lei 7.102/83 e Lei 13.429/2017), por exemplo.

b) Terceirização de atividade-fim ou de atividade-meio

A terceirização de atividade-fim é aquela em que os serviços subcontratados se inserem na atividade-fim do tomador, como, por exemplo, para substituição de pessoal regular e permanente previsto na Lei 6.019/74 e Lei 13.429/2017 (também é possível contratar pessoal, pelo mesmo motivo e com base na mesma lei, para atividade-meio). Também é possível terceirizar atividades **inerentes**, como nos casos do art. 455 da CLT, e nas hipóteses previstas na Lei 8.987/95 e na Lei 9.472/97. Entende-se por atividade inerente aquela que está inseparavelmente ligada ou vinculada à atividade principal. Isso significa dizer que é conexa e vinculada à atividade-fim e com ela pode ser confundida.

A terceirização de atividade-meio era a regra aplicada antes da Lei 13.467/2017. A partir de então pode-se terceirizar qualquer atividade. A terceirização de atividade-meio ocorre quando a exteriorização de mão de obra incide sobre serviço ligado à atividade-meio do tomador (ex.: vigilante – Lei 7.102/83).

c) Terceirização regular e irregular

Lícita ou regular é a terceirização que está autorizada em lei ou não viola regras e princípios de direito. **Ilícita** é a terceirização que é feita ao arrepio da lei, que viola os requisitos estabelecidos em lei ou regras de direito.

A **terceirização lícita** é a autorizada por lei: Lei 7.102/83, Lei 6.019/74, art. 455 da CLT; a prevista no art. 4º-A da Lei 6.019/74 (acrescido pela Lei 13.467/2017). Ressalte-se que se não forem atendidos os requisitos impostos por essas leis, a terceirização será ilegal, ou quando, fora desses casos, for praticada em fraude à CLT ou com subordinação ao tomador (art. 9º c/c arts. 2º e 3º da CLT), ensejando o vínculo com o tomador (salvo o público).

Em alguns casos também será **lícita** é a terceirização de mão de obra ligada à atividade-fim da Administração Pública que contratar em caso de necessidade, desde que não seja em fraude ao concurso público.

Lembramos que a Lei 12.690/2012 proibiu as cooperativas de serviços de terceirizar mão de obra.

d) Terceirização obrigatória e voluntária

Obrigatória é a terceirização que a lei impõe, como é o caso do vigilante armado, pois o tomador não pode contratá-lo diretamente, mas sempre por intermédio de uma empresa especializada em vigilância, autorizada a funcionar como tal pelo órgão competente.

Voluntária, as subcontratações espontâneas, pois o tomador pode escolher contratar o trabalhador diretamente ou por meio de uma intermediadora.

4. HIPÓTESES LEGAIS

a) art. 455 da CLT;
b) Lei 6.019/74 c/c Lei 12.429/2017 e Lei 13.467/2017;
c) Lei 7.102/83;
d) art. 442, parágrafo único, da CLT (antes da Lei 12.690/2012);
e) atividades especializadas e ligadas à atividade-meio, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação com o tomador -Súmula, inciso III, do TST (aplicação para as terceirizações anteriores à Lei 13.467/2017);
f) concessionários de serviço público (art. 25 da Lei 8.987/95 e art. 94, II, da Lei 9.472/97).

5. RESPONSABILIDADE DO TOMADOR E INTERMEDIADOR DE MÃO DE OBRA

De acordo com o art. 10, § 7º, da Lei 6.019/74 (trabalho temporário), o art. 5º-A, § 5º, da Lei 6.019/74 (terceirização em geral) e o art. 455 da CLT (empreiteiro e subempreiteiro), a responsabilidade entre tomador dos serviços e empresa que terceiriza é subsidiária, isto é, secundária. Primeiro responde o empregador formal (empresa que terceiriza) e depois, em caso de inadimplemento, o tomador dos serviços. Antes da Lei 13.429/2017 ser expressa quanto à responsabilidade subsidiária da empresa contratante (tomadora), o inciso IV da Súmula 331 do TST já se posicionava no mesmo sentido.

Haverá responsabilidade **solidária** entre o tomador e o intermediador de mão de obra quando a subcontratação for ilícita ou irregular, hipótese em que o vínculo se forma com o tomador dos serviços – aplicação dos arts. 186 c/c 927 c/c 942 do Código Civil (culpa *in contrahendo*, *in eligendo* e *in vigilando*).

O intermediador responde porque contratou o trabalhador, atraindo para si a responsabilidade trabalhista, por isso é chamado de empregador formal ou aparente. Quando é desfeita esta farsa e repassado judicialmente o vínculo empregatício ao tomador, real empregador, não poderá ser desprezada a responsabilidade, mesmo porque não se pode premiar o infrator da norma em seu próprio proveito, o que é repudiado pelo direito.

Logo, o tomador responde porque é o real empregador, e o intermediador, porque é o

empregador aparente e também porque praticaram, em conjunto, atos ilegais com o objetivo de fraudar e prejudicar os direitos trabalhistas do trabalhador (art. 9º da CLT).

Portanto, a responsabilidade decorre tanto da lei civil (arts. 186 c/c 927 c/c 942 do Código Civil) como da trabalhista (arts. 2º, 3º e 9º da CLT).

5.1. Tomador público

Muito se discutiu acerca da responsabilidade do tomador público, ante o disposto na Lei 8.666/93, art. 71, § 1º, que expressamente exclui a responsabilidade trabalhista (além de outras) da Administração Pública nos casos de inadimplemento da empresa prestadora de serviços contratada por licitação pública.

Parte da doutrina nega a aplicação do comando legal acima, ao argumento de que a norma é inconstitucional, com base no art. 37, § 6º, da CRFB, aplicando, desta forma, o inciso IV da Súmula 331 do TST. Entretanto, esta norma foi dirigida para os casos de danos causados a terceiros por pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado que prestem serviço público, isto quer dizer que a Administração Pública só responde de forma objetiva quando, utilizar de seu *ius imperii* para prestar serviço público e causar danos a terceiros.

Contratar empresa prestadora de serviço não se caracteriza em serviço público e nem se enquadra no poder de império da Administração Pública. É mero ato de **gestão**.

Outros adotam a tese de que a Administração Pública, quando subcontrata mão de obra, cujo empregador (intermediadora de mão de obra) não cumpre suas obrigações trabalhistas, incorre em culpa *in elegendo, in contrahendo* e *in vigilando*. Aplicam os arts. 186, 927, 932, III, e 942 do Código Civil, para concluir pela responsabilidade subsidiária do Ente Público.

Defendemos que a Administração Pública não responde subsidiariamente por culpa *in eligendo* e *in contrahendo*, uma vez que as exigências legais para a concorrência em licitações públicas são rígidas, não podendo fazer parte as empresas com débitos fiscais ou trabalhistas. Logo, quando uma empresa vence a licitação e, por fim, é contratada pela Administração Pública, significa que preencheu todos os requisitos, condições e ultrapassou os obstáculos legais contidos nos editais e na lei. Assim, não houve culpa na escolha do contratado ou na contratação em si, pois decorrem de lei.

Portanto, o único argumento plausível para responsabilizar a Administração Pública nas subcontratações regulares de serviço é a falta de fiscalização, exigida não só pela Lei 8.666/93 como também pela teoria do empregador formal e do real.

De qualquer sorte, a matéria já foi sepultada pelo TST, que acrescentou o inciso V à Súmula 331 para afirmar que:

> Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento

das obrigações da Lei 8.666, de 21/6/1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Foi fixada tese vinculante no RE 760.931 que determina: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93".

Defendemos que, mesmo após a tese vinculante acima fixada, a administração pública responde quando comprovada sua omissão na fiscalização do cumprimento do contrato.

6. ESTUDO DE ALGUNS TIPOS DE TERCEIRIZAÇÃO

6.1. Terceirização geral – arts. 4º-A e seguintes da Lei 6.019/74

Após a Lei 13.429/2017, a Lei nº 6.019/74 passou a regular tanto o trabalho temporário como a **terceirização de serviços em geral**. Logo, autoriza dois tipos de terceirização de serviços:

1ª – Terceirização do trabalho temporário;
2ª – Terceirização em geral.

O primeiro tipo é praticado pela empresa de trabalho temporário, como já estava previsto na Lei 6.019/74, e o segundo, pela primeira vez regulado em lei, pela **empresa de prestação de serviços**.

Os arts. 4º-A, 4º-B, 4º-C e 5º-A, 5º-B, 5º-C e 5º-D da Lei 6.019/74 regulam a **terceirização em geral**.

Pelos referidos dispositivos, apenas **pessoa jurídica** de direito privado pode terceirizar trabalhadores. A empresa contratante poderá transferir a terceiros a execução de quaisquer de suas atividades, inclusive a **atividade principal**.

A empresa prestadora de serviços não precisa de registro no Ministério do Trabalho e não está vinculada ao contrato temporário. Basta ter CNPJ e Registro Junta Comercial e capital social na forma da lei.

O § 1º do art. 4º-A da Lei 6.019/74 considera empresa prestadora de serviços aquela que contrata, remunera e **dirige** o trabalho realizado por seus trabalhadores. Portanto, exige o requisito da **subordinação direta** entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviço empregadora, sob pena do vínculo de formar com o tomador.

Por outro lado, o mesmo parágrafo permite a **quarteirização**, pois autoriza a subcontratação de

outras empresas para realização dos serviços contratados, um verdadeiro absurdo! Assim, uma empresa tomadora contrata uma empresa para que esta contrate outra para contratar empregado para colocar na tomadora.

O empregado que for demitido do tomador não poderá prestar-lhe serviços através da empresa prestadora de serviço ou como sócio desta antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da dispensa do empregado (arts. 5º-C e 5º-D). Indiretamente estes dispositivos autorizam a **pejotização**, isto é, a contratação do trabalhador pela sua pessoa jurídica.

A lei deixa claro que não há formação do vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante (art. 4º-A, § 2º). A melhor interpretação deste comando é que não haverá vínculo se não houver subordinação direta ao tomador.

É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços (art. 5º-A, § 1º).

De acordo com o art. 4º-C da Lei 6.019/74, são asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços quando os serviços forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

I – relativas a:

a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;

b) direito de utilizar os serviços de transporte;

c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;

d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir.

II – sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

Todavia, o art. 5º-A, § 3º, da Lei 6.019/74 contradiz o art. 4º-C e faculta a extensão destes mesmos benefícios aos terceirizados. A contradição deve ser superada pelo princípio da norma mais favorável ao trabalhador.

O art. 4º-C, § 1º, da Lei 6.019/74 facultou a isonomia salarial aos terceirizados aos empregados da tomadora, regra diversa da imposição do contida no art. 12, *a*, da Lei 6.019/74, dirigida aos trabalhadores temporários.

A nova lei não limitou a terceirização no tempo, logo, pode ser definitiva. O ideal seria que estas só ocorressem por prazo certo, com fim específico, dando um sentido lógico para a inclusão dos arts. 4º-A e 5º-A na lei que trata de trabalho **temporário**. Ora, qual seria a vantagem de terceirizar pela empresa de trabalho temporário, cuja lei exige inúmeros requisitos para sua criação e para validade

do contrato civil e de trabalho e, ainda, dá mais garantias aos trabalhadores, se a terceirização em geral exige menor burocracia e dá menos garantias aos trabalhadores terceirizados? A terceirização em geral esvazia a temporária, porque essa se torna mais onerosa se comparada à temporária.

Aliás, terceirizar atividade-fim pode colocar em risco a qualidade dos serviços oferecidos pelo tomador, pois executados por trabalhadores que não são subordinados ao tomador. Quando o tomador não dirige e não comanda o trabalho executado por seus trabalhadores o serviço final não sai com a qualidade que deveria ter, principalmente se esses estiverem relacionados com sua atividade-fim. Sofre o trabalhador, o consumidor e a sociedade em geral.

Há expressa previsão da **responsabilidade subsidiária** da tomadora (art. 5º-A, § 5º).

A terceirização geral, regulada pelos arts. 4º-A e 5º-A da Lei 6.019/74, não se aplica ao vigilante (art. 19-B), mas se aplica à administração pública.

6.2. Trabalho temporário – Lei 6.019/74

A Lei 6.019/74 autoriza a intermediação de mão de obra "para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços" (art. 2º). Considera-se complementar a "demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal" (art. 2º, § 2º).

O trabalhador temporário é empregado da empresa prestadora de serviço.

A lei deixa claro que "qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, **não existe vínculo de emprego** entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário" (art. 10).

Não há necessidade de o trabalhador ser **especializado**, como pretendeu o Decreto 73.841/74, mas tão somente que seja devidamente qualificado no contrato (brasileiro, casado, portador da CTPS...), na forma prevista na Lei 6.019/74. O decreto extravasou os limites da lei.

O trabalhador temporário pode ter diversos **contratos temporários sucessivos**, desde que seja com tomadores distintos, como se subentende do disposto no art. 10, § 1º, da Lei 6.019/74.

Desde que esgotado o prazo máximo de vigência de **270 dias** (180 + 90), a lei exige um prazo mínimo de noventa dias entre o fim de um e o início de outro contrato temporário com o mesmo tomador (§ 5º do art. 10).

Aparentemente a lei autoriza sucessivos contratos determinados, sem a consequência do art. 452 da CLT, até que se esgote o prazo máximo de duzentos e setenta dias. Salvo quanto a este artigo, devem ser aplicados os demais artigos referentes ao contrato por prazo determinado da CLT ao temporário, quando compatíveis.

É permitida a terceirização de atividade-fim, sem descaracterizar a intermediação de mão de

obra realizada pela interposta pessoa (art. 9º, § 3º, da Lei 6.019/74).

O contrato de trabalho temporário tem que ser **escrito** entre o empregador e o trabalhador, bem como entre a empresa temporária (prestadora de serviços) e a tomadora de serviços, na forma dos arts. 9º e 11 da Lei 6.019/74. O contrato entre as empresas é de natureza civil e deve apontar expressamente os **motivos** da demanda (acréscimo de serviço ou substituição de pessoal).

É responsabilidade da empresa contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local por ela designado (art. 9, § 1º).

O estrangeiro, com visto provisório de permanência no país, não pode ser contratado sob o abrigo desta lei (art. 17).

A empresa de trabalho temporário só poderá funcionar com o registro do Ministério do Trabalho (art. 4º da Lei 6.019/74), que será fornecido após a apresentação dos documentos exigidos no art. 6º. Empresa de trabalho temporário é a pessoa jurídica, urbana ou rural, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente.

É proibida a contratação de trabalho temporário para a substituição de trabalhadores em greve, salvo nos casos previstos em lei (art. 2º, § 1º).

O prazo de duração do contrato de trabalho temporário é de até **cento e oitenta dias** (contrato a termo), podendo ser prorrogado por mais noventa dias (art. 10 da Lei 6.019/74), totalizando, de forma consecutiva ou não, duzentos e setenta dias.

A empresa de trabalho temporário, ao contrário das agências de emprego, não pode cobrar qualquer importância do trabalhador temporário. Esta empresa também não pode impedir que o tomador de serviços contrate definitivamente o trabalhador temporário ao fim do prazo de seu contrato (art. 11, parágrafo único).

Não é possível contrato de experiência em seguida ao contrato temporário, para a mesma função, uma vez que o trabalhador já foi testado no contrato temporário – art. 10, § 4º.

O trabalhador temporário pode ser demitido por justa causa ou aplicá-la no empregador (art. 13 da Lei 6.019/74 e art. 23 do Decreto 73.841/74).

A empresa de trabalho temporário é a responsável pelo cumprimento das obrigações trabalhistas dos trabalhadores temporários, porém, no caso de falência desta, a tomadora de serviços responderá solidariamente pelo período que o trabalhador esteve sob suas ordens.

São aplicáveis todos os artigos da CLT e demais leis extravagantes ao temporário, ante sua condição de empregado, desde que compatíveis com a Lei 6.019/74, como, por exemplo: adicional noturno (20%), de insalubridade ou periculosidade, repouso semanal remunerado, férias proporcionais + 1/3, 13º salário, assinatura na CTPS, bem como todos os demais direitos previstos como regra geral na CLT.

Além disso, o art. 12 garante, aos temporários, remuneração equivalente à dos empregados da empresa tomadora.

A contratante estenderá ao trabalhador da empresa de trabalho temporário o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado (art. 9º, § 2º).

Não há que se falar em aviso prévio, por se tratar de contrato a termo.

Revogada a indenização prevista no art. 12, *f*, da Lei 6.019/74, porque substituída pelo FGTS – art. 7º, III, da CRFB. Havendo extinção antecipada, sem justa causa, devem ser aplicados os arts. 479 e 480 da CLT, além da indenização adicional de 40% sobre o FGTS, quando cabível.

[1] Há, ainda, quem diferencie a **terceirização** da **intermediação de mão de obra**, sendo esta a hipótese do trabalho temporário. Argumentam que na intermediação haveria mero fornecimento temporário de trabalhador, com fim específico, ferramentas e instrumentos da empresa temporária e na terceirização a prestação de serviços pode ser permanente, com ferramentas da empresa contratante. Apesar de muito comum esta corrente, dela discordamos, pois na prática os dois fenômenos são iguais. Assim, entendemos que a distinção é apenas terminológica e não tem efeitos práticos, ainda mais depois da Lei 13.429/17 que aproximou os institutos. Se antes não havia motivos para a distinção, hoje com maior razão não há como se defender a tese de diferentes conceitos para o mesmo fenômeno, pois também pode haver terceirização temporária para fim específico ou definitiva para fim específico.

ESPÉCIES DE CONTRATO

1. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO

1.1. Teoria geral

Em decorrência do princípio da continuidade da relação de emprego e de sua natureza sucessiva, já que o contrato de trabalho não se exaure em um único ato, isto é, é uma relação de débito permanente, a regra geral é que o contrato de trabalho tem prazo indeterminado, salvo ajuste expresso em contrário.

O contrato a termo é considerado prejudicial ao trabalhador, seja por impedir sua inserção na empresa de forma permanente, refletido no seu não comprometimento total com aquele emprego, seja por discriminá-lo diante dos demais empregados "efetivos", pois normalmente o empregador dispensa tratamento distinto aos efetivos e aos "temporários".

O empregado contratado por prazo certo não "veste a camisa da empresa", porque sabe que sua permanência naquele emprego é interina. O contrato por prazo determinado traz ao trabalhador insegurança, já que tem ciência da data ou momento da extinção de seu contrato. Com isso, o trabalhador busca todo o tempo nova colocação no mercado. Quanto mais curto o contrato por prazo determinado, mais nefasto ao empregado. Por conta disto, esta espécie de contrato constitui uma exceção ao princípio da continuidade da relação de emprego.

Desta forma, não havendo prova ou cláusula a respeito, presume-se que o ajuste foi feito sem limite de tempo para sua duração, isto é, de vigência indeterminada, chamado pela CLT de contrato por prazo indeterminado. Esta presunção também decorre do princípio da continuidade da relação de emprego, que pressupõe que não faz parte dos interesses do homem médio o desejo pela vida nômade e instável, preferindo prosseguir numa mesma relação de emprego, sem prazo certo, que lhe proporcione alguma previsibilidade de gastos e vida profissional.

1.2. Forma

O contrato por prazo determinado deve ser **expresso**, isto é, oral ou escrito, não se admitido a forma tácita. Isto se explica porque as partes devem ter prévia ciência da interinidade do contrato, isto é, do tempo de duração, pois traz segurança e previsibilidade, valores perseguidos pelo Direito. Visa, ainda, que as partes não sejam surpreendidas com o seu término repentino, sem qualquer aviso

prévio. A clareza nas tratativas e no prazo de vigência respeita os princípios da transparência e da boa-fé. Havendo prova da ciência do empregado, desde a admissão, de que seu contrato teria duração igual a 30 dias, por exemplo, implementado o termo e rompido o contrato, não serão devidos os haveres pertinentes à dispensa imotivada.

Há quem defenda que, por ser exceção à regra geral, o contrato a prazo deve ser sempre escrito, já que a vigência determinada seria uma cláusula especial do contrato de trabalho e, por isso, deveria ser anotada na CTPS, de acordo com o art. 29 da CLT.

Na verdade, apenas alguns contratos necessitam da forma escrita para sua validade, tais como: atleta profissional (Lei 9.615/98, art. 3º, I), artista profissional (Lei 6.533/78, art. 9º), trabalho temporário (Lei 6.019/74, art. 11) etc. Portanto, admite-se a forma verbal para outros, como o contrato de safra, o de experiência (salvo doméstico) e o de obra certa, por exemplo, pois o que importa é o conhecimento inequívoco pelo empregado de que aquele contrato foi firmado por prazo certo e se tem possibilidade (ou não) de prorrogação, já que a finalidade da lei foi a de preparar as partes para a terminação do contrato.

A comunicação por escrito é a ideal, mas não essencial. Ideal, pois o empregador terá o documento necessário para comprovar que comunicou ao empregado. Mas, se não o fizer por escrito e o empregado confessar (ou conseguir outro meio de prova) que tinha ciência da duração limitada do contrato, a cláusula oral de prazo determinado será válida.

1.3. Hipóteses – art. 443 da CLT

São hipóteses de contrato por prazo determinado:

a) **Termo prefixado – termo certo** (evento futuro e certo). As partes têm a certeza de que o evento ocorrerá, pois o acontecimento que está vinculado à vigência do contrato é certo e sabem exatamente quando isto se dará (dia, mês e ano);
b) **Execução de serviços especializados – termo incerto.** As partes têm certeza que o evento irá ocorrer, mas não sabem quando isto se dará, isto é, têm certeza do evento, mas não da data;
c) **Realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.** A hipótese legal é motivo de grande controvérsia, pois, ao se referir a "certo acontecimento", o legislador quis acolher o termo incerto ou a condição resolutiva?

De fato, percebe-se do texto legal acima transcrito na alínea *c* que, se o legislador tivesse invertido as expressões "certo acontecimento" para "acontecimento certo" a questão seria mais fácil de solucionar. Na primeira, a expressão "de certo" pode ser entendida como "algum" (algum acontecimento, podendo ele ser certo ou incerto e, neste último caso, a lei abraçaria a condição resolutiva com espécie de contrato por prazo determinado); no segundo caso, a palavra "certo" é

para designar que o acontecimento (evento = termo) é certo de ocorrer. A inversão da expressão teria evitado tantas controvérsias acerca da admissão ou não da condição como motivo de contratação por prazo determinado.

Independentemente da resposta, o evento (termo ou condição) tem que ter previsão de que vai ou pode acontecer brevemente. Isso quer dizer que mesmo os termos "certo" ou "incerto" só podem ser objeto de contrato por prazo determinado se a realização do evento ocorrer dentro do prazo legal.

No caso do termo "incerto" deve haver forte presunção (pois não há certeza quanto ao dia, ao momento, mas apenas quanto ao evento), talvez adquirida pela experiência da vida, de que o acontecimento vai ocorrer dentro dos dois anos.

1.4. Duração e contagem

O contrato por prazo determinado tem duração máxima, segundo o art. 445 da CLT, de dois anos (regra geral).

A contagem deste prazo se faz por ano, isto é, repete-se o dia e mês e soma-se o ano, como previsto na Lei 810/49 e no § 3º do art. 132 do CC. Melhor dizendo, não se exclui o dia do começo, como menciona o Código Civil, já que foi ajustado trabalho para este dia, logo, computado na vigência do contrato.

Se o contrato teve sua duração vinculada ao número de dias, por exemplo, a 90 dias, a contagem se faz por dias corridos, incluindo o primeiro dia de vigência, fluindo incessantemente até o nonagésimo dia do contrato, quando se rompe naturalmente, independentemente se o último dia recai em feriado, domingo, suspensão, interrupção ou qualquer outro fato.

Assim, se o ajuste foi por dia, deve-se respeitar o número de dias fixado no contrato, nunca superior ao limite legal. Se por mês ou ano, também a contagem deve ser feita levando-se em conta o mês ou o ano – Lei 810/49 c/c art. 132, § 3º do CC.

Um contrato com vigência de 3 meses e início em 5 de agosto, terá seu fim no dia 05 de novembro. Repete-se o dia e altera-se apenas o mês. Se o dia ajustado não tiver correspondente no mês do vencimento, o contrato findará no primeiro dia subsequente. Logo, para um contrato de 3 meses, iniciado no dia 31 de março, o vencimento será no dia 1º de julho, uma vez que o mês de junho tem apenas 30 dias. A mesma regra se faz com os contratos a termo convencionados por ano. Se, de um ano e iniciado em 5/9/2016, seu termo final ocorrerá em 5/9/2017. Repete-se o dia, o mês e altera-se apenas o ano.

Como regra geral (há exceções), a duração máxima do contrato a termo é de dois anos (art. 445, *caput*, da CLT). Dentro deste prazo é possível apenas uma prorrogação (art. 451 da CLT), salvo lei em contrário.

PRAZOS DE DURAÇÃO DOS CONTRATOS POR PRAZO DETERMINADO

Contrato por prazo determinado – regra geral	2 anos	art. 445 da CLT
Contrato por pequeno prazo – rural	2 meses	Art. 14-A da Lei 5.889/73
Contrato de trabalho temporário	270 dias	art. 10 da Lei 6.019/74
Contrato de experiência	90 dias	art. 443, § 2º, c, c/c o art. 445, parágrafo único, da CLT
Técnico estrangeiro	2 anos	Decreto-lei 691/69
Contrato de safra	2 anos	art. 14-A, § 1º da Lei 5.889/73 c/c art. 445 da CLT
Artista	2 anos	art. 9º da Lei 6.533/78
Contrato por obra certa	2 anos	Lei nº 2.959/56
Aprendizagem	2 anos	art. 428, § 3º, da CLT
Treinador Profissional de Futebol	2 anos	art. 6º, I, da Lei 8.650/93
Estímulo a novos empregos	2 anos	Lei 9.601/98 c/c o art. 3º do Decreto 2.490/98
Peão de rodeio	2 anos	art. 2º, II, da Lei 10.220/2001
Trabalho no exterior	Em certos casos, 3 anos	art. 16 da Lei 7.064/82
Atleta Profissional	5 anos	art. 30, caput, da Lei 9.615/98
Empregado contratado para substituir outro que se encontra aposentado por invalidez, cujo contrato se encontra suspenso e a lei lhe garante o retorno à função anterior		art. 475, § 2º, da CLT

Há duas correntes sobre a duração deste contrato: sem prazo de duração, pois o aposentado pode recuperar sua capacidade de trabalho a qualquer tempo. Retomada a capacidade, mesmo após os cinco anos, o empregado terá direito ao retorno ao trabalho (Súmula nº 160 do TST). Defendemos esta corrente. A outra posição é no sentido de que a duração máxima deste contrato é de cinco anos (Súmula 217 do STF). Atingido o prazo máximo, o empregador poderá rescindir o contrato de trabalho do empregado substituto sem o pagamento de indenização, desde que este trabalhador tivesse ciência das condições de sua contratação (art. 475, § 2º, da CLT).

1.5. Prorrogação e continuação

A prorrogação do contrato por prazo determinado se distingue da continuação do trabalho após o termo final do ajuste. A prorrogação corresponde ao prosseguimento do mesmo contrato a termo, com novo prazo de duração (que não precisa ser igual ao primeiro), nas mesmas condições anteriormente ajustadas, desde que respeitado o prazo máximo (art. 445 da CLT) e renovado por apenas uma vez (art. 451 da CLT). A continuação leva em conta o prosseguimento do trabalho após o prazo final do contrato a termo, "convolando-o" em contrato por tempo indeterminado por caducidade da cláusula de duração do contrato. A prorrogação tácita equivale à continuação.

Na prorrogação, o prosseguimento da prestação do labor deve ser acordado de forma expressa, ou seja, oral ou escrita.

Grande controvérsia doutrinária se apresenta em fixar até que momento as partes podem ajustar a prorrogação do contrato a termo. A corrente majoritária se posiciona no sentido de que o contrato pode ser prorrogado a qualquer momento até o último dia do vencimento do primeiro prazo contratual.

Apesar de adotarmos esta tese, entendemos que o ideal seria o ajuste da possível prorrogação no momento da admissão do empregado, levando-se em conta o princípio da transparência.

Isto porque o empregado, sabendo desde a admissão que a prorrogação poderá ocorrer, não se apressa em procurar novo emprego. O que não se admite é que o empregador exija do empregado, desde a admissão, a assinatura do termo de prorrogação em "branco", sem informar-lhe por quanto tempo será a prorrogação e se de fato ocorrerá. A prorrogação é bilateral. Imagine-se que o empregado, sem saber se será ou não prorrogado seu contrato (cláusula de prorrogação assinada em branco na admissão), consegue nova colocação no mercado e, vencido o primeiro prazo, sente-se obrigado a permanecer até o segundo termo final, para não arcar com a indenização prevista no art. 480 da CLT. Esta medida caracteriza-se em abuso de direito praticado pelo empregador e deve ter as mesmas consequências do ato ilícito.

A prática tem mostrado que as contratações por experiência têm tomado esta forma: "admitido em caráter experimental por 45 dias, prorrogáveis por mais 45 dias", por exemplo. Fazendo assim, a prorrogação já estará ajustada desde a admissão e o prazo de prorrogação comunicado ao

empregado. Vencido o primeiro prazo, o segundo se sucede sem notificação das partes, de forma automática.

A prorrogação não precisa ser feita por prazo idêntico ao inicialmente estipulado, nem exaurir o prazo máximo da lei. Dessa forma, é possível ajuste por prazo de seis meses, mais tarde prorrogado por oito meses (as partes não utilizaram os dois anos); ou de um contrato de experiência de 10 dias, prorrogado por mais 80 dias, por exemplo.

Não é possível a prorrogação após o vencimento do primeiro prazo do contrato a termo, mesmo que no dia seguinte. Este ato torna a prorrogação nula, em face da continuidade do contrato que, a partir do vencimento converte-se automaticamente em prazo indeterminado.

Atenção

Existem duas **exceções** à regra geral prevista no art. 451 da CLT: Decreto-lei 691/69 e Lei nº 9.601/98, que autorizam mais de uma prorrogação dentro do prazo máximo do contrato a termo.

1.6. Contrato por prazo determinado x estabilidades e suspensões contratuais

A data final do contrato a **termo** não se protrai em virtude de estabilidades, não se suspende em decorrência de doenças ou acidentes sofridos pelo empregado, nem se interrompe em virtude de feriados, domingos ou férias. Nesse sentido, a antiga redação do inciso III da Súmula 244 do TST que interpretava extensivamente o art. 472, § 2º, da CLT, que é neste sentido. A posição majoritária na doutrina não aceita a dilação do contrato a termo pelas causas ora mencionadas. Entretanto, em setembro de 2012, o TST alterou radicalmente seu posicionamento para defender a manutenção da estabilidade da gestante (item III, da Súmula 244 do TST) e do acidentado (Súmula nº 378, item III, do TST) mesmo nos contratos por prazo determinado. Continuamos com a tese de que a estabilidade é adquirida durante o contrato, mas não após o termo final, como explicado a seguir.

Garantir o emprego durante todo o período da estabilidade, mesmo que perdure mais que a vigência do contrato determinado é o mesmo que acabar com algumas espécies de contratos determinados típicos.

A empregada que está terminando o curso de aprendizagem, aos 24 anos (idade máxima), e/ou cujo prazo de 2 anos está se esgotando, como previsto no art. 428 da CLT e que, no último mês, engravida, terá o contrato de aprendizagem prorrogado? Mesmo que tenha se formado, se ausente da escola ou saia do curso de formação metódica?

A temporária regida pela Lei 6.019/74, cujo contrato determinado não pode ultrapassar a três meses (salvo prorrogação autorizada), que engravida ou se acidenta, e, por isso, em virtude da estabilidade, ultrapassa o prazo legal, terá seu vínculo formado com o tomador, mesmo não havendo

mais necessidade de seus serviços? Se, por exemplo, foi contratada para substituir as férias de 30 dias da secretária Maria de Lourdes, empregada do tomador (motivo do contrato temporário: substituição de pessoal regular e permanente da empresa cliente) e a temporária engravida, o que fazer? Ela continuará substituindo a secretária do tomador mesmo depois do seu retorno ou ficará à sua disposição, ou à disposição da empresa temporária? De terceirização lícita passará a ilícita?

Outros muitos exemplos poderiam ser citados aqui, mas basta ler as decisões que antecederam e inspiraram as alterações aqui discutidas.

Na verdade, **todos** os precedentes se basearam na impossibilidade de discriminação da gestante ou do acidentado quando o contrato houvesse sido ajustado por **experiência**. Isto se explica porque o fim do contrato de prova tem cunho subjetivo (passar ou não na experiência), o que poderia ensejar discriminação. Ora, melhor teria sido inverter o ônus da prova na hipótese de ocorrência de estabilidade durante o contrato de experiência, de tal forma que ao empregador caberia o encargo de comprovar que não foi discriminatório o fato de a empregada não haver sido aprovada na experiência. Além disso, os respectivos incisos deveriam ter sido expressos no sentido de que a regra só se aplica ao **contrato de experiência** e não aos demais tipos de contratos por prazo determinado.

Outra sugestão é estender a regra para todos os tipos de estabilidades, mas apenas nos contratos de experiência. Ora, por que só dois tipos de estabilidades ultrapassam o contrato a termo? Por que não as demais?

Estas e outras questões tornam frágeis os novos entendimentos do TST.

Ainda adotamos a tese de que a estabilidade, qualquer que seja o tipo, é adquirida até o fim do contrato por prazo determinado, mas não depois de seu prazo, pois não há despedida e sim caducidade do contrato. O contrato nasce com dia ou momento certo para romper, cláusula ajustada legal ou contratualmente desde a admissão. Não surpreende as partes e não viola direitos.

Implementado o termo final, o contrato rompe-se naturalmente, dispensando a declaração das partes ou qualquer notificação neste sentido. Isto porque, na verdade, não há dispensa ou pedido de demissão. Há morte natural do contrato. A **estabilidade**, a **suspensão** ou a **interrupção** do contrato restringem o exercício do poder potestativo do empregador e, por isso, **impedem a despedida imotivada**. Porém, quando o contrato chega ao seu termo final, não há despedida, pois as partes já tinham ciência, desde seu início, do momento ou data da terminação. Há morte natural.

Todavia, não se deve confundir duas situações distintas: a) quando a interrupção, suspensão ou estabilidade começa e termina dentro do prazo de vigência do contrato a termo, hipótese em que não poderá haver despedida arbitrária antes do termo, pois ainda vigente o ajuste; b) quando no momento do término, o contrato por prazo certo estiver suspenso, interrompido ou o empregado ainda for estável, caso em que o contrato se exaure automaticamente em seu termo final.

A estabilidade não protrai o termo final do contrato, pois não houve despedida e sim caducidade.

Defendemos que o empregado adquire estabilidade **durante** o ajuste por prazo certo, isto é, tem o empregado o direito de não ser despedido sem justa causa antes do termo final de seu contrato por prazo determinado se for detentor de algum tipo de estabilidade. O empregador não poderá rescindir, sem justo motivo, antecipadamente, o contrato por prazo determinado, na forma do art. 479 da CLT. Se o fizer, pagará a totalidade dos salários pelo período da estabilidade, limitados ao termo final do contrato. Todavia, como já afirmado, o TST se posicionou de forma diversa em dois casos (gestante e acidente de trabalho – Sumulas 244, III e 378, III do TST).

A extinção do contrato por prazo determinado pode ocorrer quando do implemento do termo final ou de forma antecipada. Se ocorrer em seu termo final, morte natural, não enseja o pagamento do pré-aviso (exceto quando contiver cláusula assecuratória de rescisão antecipada) e da indenização compensatória de 40% sobre o FGTS, nem acoberta os diversos tipos de estabilidades (salvo o entendimento contido nas Súmulas nos 244, III, e 378, III, do TST), ou o pagamento do seguro-desemprego. No mesmo sentido o § 2º do art. 510-C da CLT, quanto à estabilidade do representante das empresas com mais de 200 empregados.

Mesmo nas rescisões antecipadas o empregado não tem direito ao aviso prévio, pois no lugar deste receberá a indenização prevista no art. 479 da CLT. O direito ao aviso prévio será concedido ao trabalhador quando o contrato por prazo certo contiver cláusula assecuratória de rescisão antecipada recíproca, desde que esta seja utilizada (art. 481 da CLT c/c a Súmula 163 do TST), assim como a indenização adicional de 40%.

Apesar de a lei utilizar a expressão **remuneração**, a natureza desta indenização **não** é salarial. Por isso, não integra o tempo de serviço, não incidindo sobre as férias, FGTS e trezenos pagos na rescisão.

2. CONTRATO INTERMITENTE

O contrato de trabalho pode ser contínuo ou intermitente. Contínuo é o contrato que o tempo de serviço efetivo ou aquele em que o empregado está à disposição é computado como trabalho e remunerado pelo patrão. E intermitente aquele que alterna períodos de atividade (trabalho) e inatividade (não trabalho), sendo que este não é computado e nem computado.

A Lei 13.467/2017 acresceu à CLT os arts. 452-A e seguintes e alterou o art. 443 da CLT para criar o **contrato intermitente**.

O conceito de contrato intermitente está no § 3º do art. 443 da CLT:

> Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por

legislação própria.

O contrato de trabalho pode ser ajustado para trabalho intermitente, isto é, para serviços descontínuos e transitórios, com alternância de períodos de trabalho e de inatividade. Algumas vezes a necessidade do serviço é imprevisível e pode variar de tempos em tempos. Essa espécie de contrato não se aplica aos aeronautas.

O período de inatividade será considerado como suspensão do contrato de trabalho e, na forma do § 2º do art. 452-C da CLT, não será computado como tempo à disposição, podendo o trabalhador prestar serviços a outros tomadores. Aliás, poderá o prestador de serviços recusar as convocações ao trabalho, pois não será considerado como ato de insubordinação.

A formalidade exigida pelo caput do art. 452-A da CLT (contrato escrito) é essencial para validade da cláusula de "intermitência", o que significa que, se o empregado foi contratado oralmente ou de maneira tácita para trabalhar desta forma, não será regido pelo contrato intermitente e o seu tempo à disposição será contado conforme o art. 4º da CLT, devendo ser aplicadas as demais regras da CLT.

De acordo com o art. 452-A da CLT, o contrato de trabalho intermitente deve garantir ao empregado o valor da hora de serviço nunca inferior ao salário mínimo, além do adicional noturno, se houver trabalho noturno.

Não se admite, pela primeira vez, de forma expressa na lei, o salário complessivo[1], pois o § 7º do art. 452-A da CLT é expresso na exigência de que o recibo deverá discriminar cada uma das parcelas pagas.

Para a execução do serviço, basta que o empregador convoque o empregado intermitente, por qualquer meio eficaz, para a prestação de serviços, noticiando a jornada, que não poderá ser superior à legal, sempre com a antecedência mínima de três dias corridos (§ 1º do art. 542-A da CLT).

Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de vinte e quatro horas para responder, presumindo o silêncio como recusa. De acordo com o § 3º do mesmo artigo, a recusa não descaracteriza a subordinação inerente ao vínculo de emprego. O contrato poderá prever cláusula penal ou alguma forma de reparação recíproca na hipótese de cancelamento de serviços previamente agendados, como autoriza o inciso IV do art. 452-B da CLT.

Consumido o trabalho o empregador fará o pagamento na data acordada (§ 6º do art. 452-A da CLT). De acordo com o § 11 do art. 452-A da CLT, na hipótese de o período de convocação exceder um mês, o pagamento das parcelas a que se referem o § 6º não poderá ser estipulado por período superior a um mês, contado a partir do primeiro dia do período de prestação de serviço."

O art. 452-H CLT também prevê a obrigatoriedade do empregador em fornecer ao empregado intermitente o comprovante do recolhimento do FGTS e da Previdência Social.

O empregador deverá conceder férias de um mês, isto é, não deverá convocar o "intermitente" para trabalhar no período concessivo das férias. Mediante prévio acordo com o empregador, poderá usufruir suas férias em até três períodos, nos termos do § 1º do art. 134 da CLT.

O legislador não explicita como será computado o período aquisitivo. Vamos imaginar um empregado que trabalha num mês 3 dias, noutro mês apenas 5, isto é, menos de 14 dias em cada mês e em meses intercalados ou descontínuos. Como será a contagem, por data de aniversário da vigência do contrato ou da soma dos dias trabalhados até completar 365 dias? Sugerimos que a contagem se faça pela data de aniversário de vigência do contrato.

O cálculo do valor do pagamento das férias proporcionais + 1/3 e do décimo terceiro proporcional deve ser efetuado de forma similar àquela aplicada aos trabalhadores avulsos,[2] que também trabalham de forma intermitente, mas não são empregados. Aliás, este tipo de trabalhador se assemelha demais ao intermitente.

Mais dúvidas: as férias são de 30 dias ou de um mês? A lei (§ 9.º) refere-se ao mês. As férias serão usufruídas sem o pagamento nesse momento, pois a previsão legal é de quitação das férias proporcionais ao fim de cada período. Uma vez quitadas as férias antes de seu gozo, como ficará o caso de justa causa, ocasião que tanto as férias proporcionais como o 13º proporcional não é devido? Poderá o patrão descontar o que já havia quitado? Entendemos que sim.

O empregado vai gozar férias sem receber e receber férias muito antes do gozo, o que é uma inversão e contraria o comando contido no art. 7º, XVII da CF, que determina que o gozo das férias será acrescido do abono de 1/3.

Além dos direitos previstos nos incisos I a V do § 6º do art. 452-A da CLT, os demais direitos trabalhistas devem ser estendidos aos empregados intermitentes, apesar de não mencionados no § 6º, como vale-transporte, salário família e benefícios estendidos aos demais empregados contínuos. Logo, os incisos são exemplificativos, e não taxativos.

A empregada que engravida no período de inatividade, terá estabilidade na inatividade? Deverá ser convocada ao trabalho? De forma oposta, se engravida no curso do trabalho efetivo, terá o direito a continuar trabalhando, mesmo que a convocação tenha sido expressa limitando o período de trabalho em apenas 10 dias? E o empregado que registra sua candidatura a dirigente sindical no período de atividade ou inatividade é estável? Terá direito ao trabalho contínuo ou algum outro direito?

Os empregados inativos entram na contagem para fins de contratação de aprendizes e deficientes? E aqueles que trabalham apenas uns poucos dias do mês? Os mesmos questionamentos podem ser estendidos para a criação da CIPA, para obrigatoriedade contida no § 1º do art. 389 da CLT; para a obrigatoriedade do controle de ponto etc.

Recomendamos que deva prevalecer a interpretação decorrente do princípio da proteção ao trabalhador, isto é, o princípio interpretativo *in dubio pro misero*, segundo o qual se a norma

comportar mais de uma interpretação razoável, o exegeta deverá optar por aquela mais favorável ao trabalhador.

Decorrido o prazo de um ano sem qualquer convocação do empregado pelo empregador, será considerado rescindido de pleno direito o contrato de trabalho intermitente, ocasião que o empregado receberá as verbas da rescisão, sendo o aviso prévio indenizado pela metade, assim como a indenização adicional do FGTS, levantará apenas 80% do FGTS e não terá direito ao seguro desemprego (art. 452-E, § 2º, da CLT). Às demais verbas terá direito integralmente e serão calculadas pela média duodecimal (art. 452-F da CLT).

O empregado efetivo demitido sem justa causa em contrato indeterminado não poderá ser recontratado pelo mesmo empregador para um contrato intermitente pelo prazo de dezoito meses, regra que só valerá até 31 de dezembro de 2020 (art. 452-G da CLT). A regra visa inibir que centenas de trabalhadores sejam dispensados para serem recontratados como intermitentes.

Por fim, importante mencionar que o art. 611-A, VIII, da CLT, que visa autorizar a redução ou supressão de direitos legais, permite que a convenção ou o acordo coletivo, por exemplo, reduza o prazo da convocação, que considere o silêncio como concordância; que não exija a forma expressa bilateral para alterar de trabalhador contínuo para intermitente; que exclua os trabalhadores intermitentes da contagem para fins de contratação de aprendizes, deficientes, CIPA etc.

[1] Complessivo é o salário pago em única rubrica, isto é, que engloba diversas parcelas num único título, sem discriminar calores de cada parcela paga.

[2] Para os trabalhadores avulsos o percentual, que engloba o quantitativo devido a título de férias + 1/3 e 13º proporcional, incide sobre o M.M.O. (montante de mão de obra = horas, adicionais e RSR) e é depositado numa conta corrente bancária para que, na época das férias ou em dezembro ele possa levantar todos os valores depositados a título de férias ou de 13º salário.

DURAÇÃO DO TRABALHO

1. FUNDAMENTO

A limitação do tempo de trabalho, as pausas durante o trabalho, e os repousos semanais e anuais são garantidos por lei e constituem-se em normas de medicina e segurança do trabalho, isto é, em regras imperativas que estabelecem direitos de ordem pública, impedindo as partes de renunciar, transacionar ou dispor de qualquer benesse que a lei tenha concedido ao empregado. A limitação do tempo de duração do trabalho tem como fundamento três aspectos importantes: biológicos, sociais e econômicos.

a) biológicos

O excesso de trabalho traz fadiga, estresse, cansaço ao trabalhador, atingindo sua saúde física e mental. Portanto, os fatores biológicos são extremamente importantes para limitar a quantidade de trabalho diário.

b) sociais

O trabalhador que executa seus serviços em extensas jornadas tem pouco tempo para a família e amigos, o que segrega os laços íntimos com os mais próximos e exclui socialmente o trabalhador.

c) econômicos

Um trabalhador cansado, estressado e sem diversões produz pouco e, portanto, não tem vantagens econômicas para o patrão.

2. JORNADA E HORÁRIO DE TRABALHO

2.1. Jornada

Jornada – do francês ***jour – journée***; do italiano ***giorno – giornata.***

Jornada deveria significar: duração do trabalho diário, pois relacionada ao número de horas diárias de trabalho.

Todavia, na linguagem forense jornada quer dizer lapso temporal de trabalho. Dessa forma, jornada pode ser diária, semanal, mensal, anual etc. A lei também empregou conotação mais ampla quando se referiu "(...) à soma das ***jornadas semanais*** (...)" (destaques nossos), no art. 59, § 2º, da CLT.

2.2. Horário de trabalho

A hora de entrada e de saída do trabalhador no emprego determina seu horário de trabalho. Dependendo destes parâmetros a jornada é fixada.

> **Ex.:** Empregado inicia seu trabalho às 8 horas da manhã, interrompe suas atividades para o almoço às 12 horas, retornando às 13 horas. No final do dia, por volta das 17 horas, o empregado encerra seu trabalho. Neste caso, seu horário de trabalho é das 8 às 17 horas, com uma hora de intervalo, e sua jornada é de oito horas.

Assim, o horário de trabalho pode ser diurno, noturno ou misto, dependendo dos horários de entrada e saída ajustados entre o trabalhador e o patrão.

2.3. Duração do trabalho

A duração do trabalho é o gênero do qual são espécies a jornada, o horário de trabalho e os repousos (intrajornada, entre jornadas ou interjornadas, semanal e anual). Compreende o período de tempo de trabalho ou de disponibilidade do empregado junto ao seu empregador, podendo ter distintos parâmetros de medida: dia (duração diária), semana (duração semanal), mês (duração mensal), e ano (duração anual).

3. TRABALHO EXTRAORDINÁRIO

3.1. Intervalo trabalhado

A concessão do intervalo para repouso e alimentação previsto no art. 71 da CLT é norma de medicina e segurança do trabalho (salvo para fins de flexibilização por norma coletiva, na forma do art. 611-A da CLT) e, por isso, é direito de ordem pública. Como regra, o empregador não pode suprimir unilateral ou bilateralmente o período de descanso previsto em lei.

Após a Reforma Trabalhista, a norma coletiva poderá reduzir o intervalo intrajornada para 30 minutos, mesmo que a empresa não possua refeitório. Antes da Lei 13.467/17, nem a norma coletiva poderia suprimir o intervalo, pois a pausa era considerada pela jurisprudência como indispensável para reposição de energia, alimentação e descanso (Súmula 437, II, do TST), salvo motoristas, cobradores e fiscais (art. 71, § 5º, da CLT). O fracionamento do intervalo também foi permitido ao doméstico que reside no trabalho, desde que desmembrados em, no máximo, dois períodos e que nenhum deles tenha menos de 1 hora e a soma não ultrapasse 4 horas – art. 13, § 1º, da LC 150/2015.

A **hora extra** com o respectivo adicional de 50% é devida quando o empregado labora além da jornada legal ou contratual. Também é devida quando não é concedido o intervalo intrajornada (art. 71, § 4º, da CLT) ou intervalo entre jornadas (Súmula 110 do TST). Todavia, se a hora já está paga,

só resta remunerar o adicional. O tempo à disposição também pode ser considerado como trabalho extra e, se assim o for, terá o acréscimo de 50% (art. 4º da CLT).

Desta forma, o empregado contratado para trabalhar 8 horas, de 8h às 17h, com uma hora de intervalo, que trabalha durante o intervalo, tem direito à remuneração deste período, devendo o empregador pagar a hora mais o adicional de 50%.

Se, entretanto, no exemplo citado, o empregado trabalhar durante o intervalo, mas sair às 16 horas, significa que ele compensou a hora a mais trabalhada (no intervalo) pela saída antecipada. Até 1994 este fato acarretava tão somente uma infração administrativa, na forma da cancelada Súmula 88 do TST. Todavia, a Lei 8.923/94 acrescentou o § 4º ao art. 71 da CLT para impedir esta prática, obrigando ao pagamento do adicional de horas extras (50%), porque acarreta malefícios à saúde do empregado, mesmo não importando em acréscimo no final da jornada, isto é, em labor além da 8ª hora diária. A partir de então, a doutrina se esforçava para tentar descobrir a natureza jurídica do adicional de 50% incidente sobre o intervalo suprimido, compensado ou não.

Havia uma forte tendência em considerá-lo como **penalidade**, o que não se confunde com o adicional de hora extra em estudo, e por isso, não teria a parcela natureza salarial, mas sim indenizatória – art. 71, § 4º, da CLT. Para os defensores desta tese, no exemplo citado, tanto a hora quanto o adicional são devidos, já que ainda não pagos, além da penalidade.

Pensávamos de forma diversa.

Intervalo não concedido significa tempo à disposição ou trabalho realizado em período de descanso, logo, tem que ser remunerado como tal. No caso em estudo, como a hora já foi paga como salário e, como a natureza jurídica do pagamento do intervalo suprimido deveria ser também de salário, devido seria apenas o adicional sobre o período suprimido, sob pena de pagamento duplo pela mesma hora. Se o empregado recebe seu salário pelo trabalho de 8 horas por dia e, se de fato trabalhou apenas as oito horas, não pode receber por nove, sob pena de enriquecimento sem causa e ***bis in idem***. Situação diversa é aquela do empregado que trabalha nove horas consecutivas sem intervalo e, apenas recebe pelas oito horas diárias pelo pagamento do salário contratual. Neste caso terá direito ao pagamento da hora do intervalo + 50%, correspondente ao tempo do intervalo suprimido. Sendo assim, não haverá ***bis in idem*** para o empregador quando o empregado trabalhar na hora do descanso e isto importar em acréscimo de horas trabalhadas no final do dia, isto é, não terá o trabalhador direito a uma hora paga como descanso suprimido e outra como hora extra pelo trabalho além da jornada, ambas com acréscimo de 50%. A se pensar de outra forma o empregador pagaria duas vezes o mesmo intervalo trabalhado (mesmo fato gerador), o que é refutado pelo direito. Assim, se o empregado trabalhou na hora de intervalo e compensou, saindo mais cedo do serviço, não trabalhando além da jornada normal, receberá apenas 50% sobre a hora suprimida, pois já recebeu pela hora trabalhada, uma vez que seu salário foi ajustado para a jornada laborada. Defendemos que esta é uma hora extra (ficta) e, portanto, deveria ter natureza **salarial**. Todavia, de

forma diversa, o TST se posicionou à época, defendendo que o intervalo total ou parcialmente suprimido, compensado ou não, daria direito ao empregado urbano ou rural ao pagamento integral, cujo valor tem natureza salarial – Súmula 437 do TST.

Entrementes, a Lei 13.467/2017 alterou a redação do § 4º do art. 71 da CLT para determinar o pagamento apenas da parte suprimida e de natureza indenizatória. Com isso, ressuscitará a discussão se deve ser pago apenas uma vez, por ser um só fato gerador (trabalho no intervalo), ou duas vezes, uma como penalidade (de natureza indenizatória) e outra como extra (de natureza salarial).

3.2. Intervalo concedido parcialmente

Mesmo antes da Lei 13.467/2017, já defendíamos que o intervalo concedido parcialmente dá ao empregado o direito de receber apenas o período não gozado, salvo se irrisório, pois não seria justo pagar ao trabalhador mais do que ele tem direito. Ademais, não se pode comparar a nocividade que sofre o empregado que não usufrui nenhum intervalo com aquele que goza de um descanso de 40 ou 50 minutos, apesar de a lei lhe garantir 1 hora. Da mesma forma, a OJ 355 da SDI-I do TST, que se refere ao intervalo interjornada, mas utiliza a interpretação do intervalo intrajornada.

Entretanto, a Súmula 437 do TST adotava posicionamento oposto ao nosso, pois determinava o pagamento integral, sem descontar o tempo de fato descansado, quando inferior ao mínimo legal. Também na doutrina, havia entendimentos defendendo o pagamento da hora cheia em qualquer caso, sob os argumentos de que a norma é de medicina e segurança do trabalho e de que o descanso parcial não atinge a sua finalidade.

Após 11.11.2017 o intervalo parcialmente suprimido garante o pagamento apenas da parte suprimida, de acordo com a nova redação do § 4º do art. 71 da CLT, dada pela Lei 13.467/2017.

3.3. Trabalho além da jornada

De acordo com os arts. 58 e 59 da CLT:

> Art. 58. A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.
> § 1º Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários.
> (...)
> Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.
> § 1º A remuneração da hora extra será, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) superior à da hora normal.
> § 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção

coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

§ 3º Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma dos §§ 2º e 5º deste artigo, o trabalhador terá direito ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão.

§ 4º (Revogado).

§ 5º O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.

§ 6º É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês. (NR)

A duração do trabalho está limitada a 8 horas por dia, no limite de 44h semanais – art. 7º, XIII, da CRFB. Todo trabalho acima destes patamares é considerado como extraordinário.

O limite máximo de labor de duas horas extras por dia, previsto no art. 59 da CLT, dirige-se ao empregador, que está proibido de exigir do empregado trabalho além deste parâmetro. Isto se explica porque o excesso de trabalho traz fadiga, estresse e segrega laços íntimos e sociais. Se, todavia, o empregado de fato trabalhou mais horas extras, tem direito à remuneração de todas, sem qualquer limitação – Súmula 376 do TST.

Os minutos que antecedem e sucedem a jornada devem ser desprezados se não ultrapassarem 5 minutos por entrada (início do expediente e início do segundo turno, após o intervalo de refeição) e por saída (saída para refeição e fim do expediente), desde que a soma diária não seja superior de 10 minutos. Não será computado no tempo de serviço, a partir da Lei 13.467/2017, o tempo que o empregado gasta com a higiene, lanche, descanso ou troca de uniforme, salvo se obrigatória a troca no ambiente de trabalho e for ultrapassado o limite de tolerância diário (art. 4º, § 2º, da CLT). Portanto, superada a Súmula 366 do TST.

O empregado que chega 3 minutos antes do expediente e sai 4 minutos depois da sua jornada não tem direito a receber os 7 minutos extras. Se, entretanto, chega 7 minutos antes e sai no horário normal terá o direito ao pagamento dos 7 minutos extras, sempre acrescidos de 50%. Da mesma forma se chega 11 minutos antes da jornada e sai no horário normal terá direito ao pagamento destes minutos extras. Nestes últimos casos o limite de 5 minutos foi ultrapassado.

Antes da Lei 13.467/2017 era nula a cláusula de convenção ou acordo coletivo que elastecia o limite de 5 minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho para fins de apuração das horas extras, já que contrariava norma prevista em lei – Súmula 449 do TST. Após a Reforma Trabalhista,

o negociado coletivamente prevalecerá sobre o legislado, na forma do art. 611-A da CLT.

A lei menciona que a duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas extras mediante acordo individual entre empregado e empregador ou quando prevista em norma coletiva – art. 59 da CLT. Duas interpretações podem ser extraídas do texto legal:

1ª) Na verdade, a exigência de ajuste prévio é simples requisito da publicidade do ato, pois o empregado terá direito a receber pelas horas extras trabalhadas, mesmo que inexista qualquer acordo escrito ou norma coletiva neste sentido. Isto é, laboradas as horas extras estas são devidas.

2ª) Se, entrementes, houver contrato escrito ou norma coletiva que contrate as horas extras de forma permanente e habitual – pré-contratação de horas extras –, a pactuação será nula de pleno direito, pois torna o ordinário em extraordinário, o excepcional em comum, alterando e violentando de morte a regra contida no art. 7º, XIII, da CRFB. As horas extras devem ser excepcionais, e não regra, como exposto pela Súmula 199, I do TST. Pecou a Súmula quando autorizou a pré-contratação após a admissão, pois o empregador pode se valer dessa brecha para, dias após a admissão, ajustar salário complessivo e pré-contratar horas extras permanentes e fixas, violando o princípio geral trabalho ordinário e não extraordinário.

> **Ex.:** Empregado contratado para ganhar R$ 2.000,00 para trabalhar 8 horas por dia, limitado a 44 horas semanais e mais R$ 680,00 para fazer, de forma permanente e habitual, 2 horas extras por dia, de segunda a quinta-feira. Neste caso, o pacto (prévio) de horas extras permanentes é nulo e os valores assim ajustados apenas remuneram a jornada normal. Se, de fato, trabalhou duas horas extras por dia, de segunda a quinta, ainda terá o direito de recebê-las, cujo cálculo deverá ter como salário-base R$ 2.680,00 mensais. Nesse sentido a Súmula 199, I, do TST. A pré-contratação só seria válida se destinada para evento episódico, como ocorreu com os bancários na época da conversão de moeda ou com os vendedores, na época de natal.

3.4. Compensação de jornada

O regime de compensação ocorre quando houver aumento da jornada legal ou contratual em um dia pela correspondente diminuição em outro, de forma a garantir o módulo semanal de 44 horas ou mensal correspondente à soma das jornadas semanais até o limite anual. A compensação de jornada é gênero cujas espécies são: compensação tradicional e banco de horas (ou compensação aleatória).

A compensação de jornada **tradicional** é aquela em que o empregado tem ciência prévia do dia do labor extra e da correspondente compensação e normalmente respeita o módulo semanal ou mensal, mas nada impede que seja trimestral, semestral ou até anual.

Um **exemplo** de compensação tradicional ocorre no caso dos empregados da construção civil que, por força de norma coletiva, têm horário estabelecido da seguinte forma: de segunda a

quintafeira, das 8 às 18 horas, com uma hora de intervalo (9 horas de trabalho por dia); às sextas-feiras, das 8 às 17 horas, com o mesmo intervalo (8 horas de trabalho); folgas aos sábados e descanso remunerado aos domingos. Os horários de trabalho são previamente ajustados, a jornada é de 8 horas às sextas e de 9 horas de segunda a quinta, totalizando 44 horas semanais. Neste exemplo houve aumento de uma hora por dia, durante quatro dias, para compensar o não trabalho aos sábados, cuja jornada máxima seria de 4 horas. Estas quatro horas foram distribuídas de forma fixa durante a semana e previamente ajustadas entre empregado e empregador.

Outro **exemplo** acontece com os vigilantes que, através de convênio coletivo, têm jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso, de forma que no mês fica respeitado o limite de horas mensais.

Nos dois exemplos acima, o empregado sabe previamente os dias que vai compensar e os dias em que vai trabalhar além do limite contratual ou legal.

A compensação **aleatória**, ao contrário, é a que depende da álea, isto é, do evento imprevisível. Neste caso, o empregado é contratado para trabalhar até mais duas horas extras no dia que for necessário, e compensar quando o empregador autorizar ou determinar. Normalmente este tipo de compensação é feito por banco de horas.

O banco de horas foi criado inicialmente pela MP 1.709/98 para compensações de até 120 dias e, mais tarde, com nova redação, para compensações de até um ano, portanto, compensações anuais – MP 2.164-41/2001 (*vide* art. 59, § 2º, da CLT).

Este nome foi escolhido por refletir semelhança a um banco em que há créditos e débitos na conta, isto é, o empregado que fizer horas extras, em vez de recebê-las (em pecúnia), as acumula sucessivamente, para, dentro de um ano, no máximo, compensá-las.

Ressalte-se que o banco de horas é variável, pois o labor extra varia de acordo com a demanda e a folga compensatória também.

Uma empresa de ar refrigerado que tem grande movimento durante o verão, mas pequeno movimento durante o inverno, pode, por **exemplo**, ajustar com seus empregados que durante seis meses eles trabalharão por 10 horas/dia para, nos seis meses posteriores, trabalharem apenas seis horas e, durante todo aquele período (12 meses), receberão o mesmo salário, sem acréscimo ou redução (banco de horas fixo). Neste caso teremos um acordo de compensação tradicional fixo semestral.

Também é possível, por **exemplo**, o empregador ajustar com seus empregados que toda vez que acumularem 6 horas extras, automaticamente, no dia imediato terão direito a uma folga compensatória. Isto costuma ser ajustado para os bancários, cuja jornada legal é de seis horas e o movimento varia conforme o dia do mês. Normalmente, nos primeiros dias (1, 2 e 3), no meio do mês (15), nos últimos dias (29 e 30), após feriados e às segundas-feiras, há maior movimento nas agências bancárias. Em face disto, ao em vez de o banco pagar as horas extras laboradas nestes dias

(limitadas a duas por dia), as compensa com outro dia de folga (banco de horas variável). O dia de folga não é previamente sabido pelas partes, nem os dias ou a quantidade de horas extras, que serão laboradas, que podem variar de minutos a horas por dia.

Assim, no **exemplo** citado, Rogério, bancário, trabalhou além do limite normal (seis horas), 1 hora e 30 min. no dia 2 de novembro; 20 min. no dia 9; 10 min. no dia 16; 2 horas/dia nos dias 29 e 30. Somando esses dias, Rogério terá direito a uma folga no dia 1º de dezembro (banco de horas variável). Os bancos costumam conceder a folga nos 12 meses subsequentes à aquisição do "direito à folga compensatória", sem que o empregado tenha ciência prévia do dia de descanso. Se soubesse, poderia marcar a consulta médica que tanto aguarda, ou programar de buscar os filhos no colégio, ou ainda, descansar.

O banco de horas **variável** também pode ser ajustado da seguinte forma: o trabalhador permanece após o horário se tiver movimento na empresa (demanda, necessidade) e compensa quando for conveniente para os negócios.

A compensação variável ou aleatória é prejudicial ao trabalhador, já que não permite que o empregado possa se preparar e programar sua vida pessoal no dia de folga. Além disso, há imprevisibilidade do horário do término do expediente, pois o empregado não sabe quando e quantas horas extras vai ter de trabalhar a cada dia, o que também gera insegurança ao trabalhador. Daí a necessidade de se limitar o direito do empregador de ajustar o banco de horas, que só poderá ser feito por acordo entre patrão e empregado por escrito, sem interferência do sindicato, devendo a compensação ocorrer no semestre ou por norma coletiva com compensação anual – art. 59, § 5º, da CLT e art. 611-A, II, da CLT.

Se a compensação de jornada for feita por norma coletiva, poderá ultrapassar o limite de 2 horas por dia e, se for a compensação tradicional, poderá ultrapassar o ano (art. 611-A, I, da CLT). Para a compensação por norma coletiva para o banco de horas, o legislador impôs o limite máximo de compensação o ano – art. 611-A, II, da CLT.

O art. 59-A da CLT autorizou a adoção do acordo de compensação sob a forma 12x36 mediante norma coletiva, salvo para os estabelecimentos de saúde, cujo ajuste poderá ser por acordo escrito entre patrão e empregado (§ 2º). Os trabalhadores submetidos a este regime não têm direito aos feriados e ao § 5º do art. 73 da CLT. A lei também considera os dias de repouso semanal já compensados. As mesmas regras se aplicam aos empregados domésticos (LC 150/15). Além disso, o novo dispositivo informa que os intervalos serão concedidos ou indenizados, deixando a entender que para esta modalidade de trabalho o intervalo poderá não ser concedido, ocasião em que será indenizado. Logo, parcialmente superada a Súmula 444 do TST.

O labor habitual em horas extras não torna nulo o acordo de compensação, novidade contida no p. único do art. 59-B da CLT, contrariando a Súmula 85 do TST, que deverá ser modulada ou cancelada.

3.5. Limite de dez horas por dia

O § 2º do art. 59 da CLT estabelece o limite de 10 horas de trabalho por dia quando a compensação for ajustada (8 horas + 2 horas).

A lei não estabelece quantas horas extras pode um empregado fazer quando tiver jornada inferior à normal. Desta forma, quantas horas extras pode fazer um empregado que trabalha seis horas? E o que trabalha quatro horas por dia? Pensamos não ser razoável que um trabalhador que tem sua jornada reduzida, em razão da especificidade de sua função, tenha como teto as mesmas 10 horas de quem trabalha 8 horas normalmente. Assim, parece-nos que a melhor solução é o acréscimo de 2 horas em relação à jornada do caso concreto.

Este limite encontra exceção na jornada 12x36 ajustada de forma escrita com o patrão apenas para empregados em estabelecimentos de saúde (art. 59-A da CLT) ou por norma coletiva (art. 59-A c/c art. 611-A, I, da CLT). Aliás, após a Reforma Trabalhista, a norma coletiva poderá criar qualquer tipo de compensação de jornada sem respeitar os limites da CLT, desde que respeite o limite constitucional.

Há exceções legais ao limite de dez horas por dia: **bombeiros civis** (Lei 11.901/2009), **motoristas profissionais** (Lei 13.103/2015) e **domésticos** (art. 10 da LC 150/2015), pois também nestas hipóteses a lei autorizou expressamente o regime de trabalho por sistema de compensação de jornada de 12x36.

3.6. Limite de duas horas por dia

Apesar do limite de **duas** horas extras por dia contido no *caput* do art. 59 da CLT, a lei (art. 59-A da CLT) excepciona alguns casos, entre eles o regime de compensação fixa de trabalho de 12x36 (doze horas trabalhadas por 36 de descanso) por norma coletiva (art. 611-A da CLT).

Antes da Lei 13.467/2017, a jurisprudência considerava válido o sistema de compensação de jornada (12x36) apenas quando efetuado por meio de norma coletiva, sob o forte argumento de que os instrumentos coletivos podiam alterar as regras legais a respeito de jornada de trabalho porque expressamente autorizados a tanto pelo art. 7º, XIII, da CRFB. Agora é possível o ajuste individual para empregados e empregadores atuantes no setor de saúde, hipótese em que será válido o ajuste individual escrito, sem a intervenção do sindicato (§ 2º do art. 59-A da CLT). Concordávamos com a tese.

3.7. Forma

A compensação, para ser válida, deve ser ajustada de escrita entre empregado e empregador ou por norma coletiva e, excepcionalmente, também se admite a forma tácita ou oral. A forma tácita ou verbal só é permitida se a compensação ocorrer dentro do mesmo mês, salvo para a compensação 12x36 e para o banco de horas, pois nestes casos a lei foi expressa em exigir a forma escrita e/ou

norma coletiva.

Antes da Lei 13.467/2017 o acordo tácito não era aceito para qualquer regime de compensação de jornada – Súmula 85, III, do TST, ante a antiga exigência legal de que o acordo fosse escrito. A Súmula 85 do TST foi superada pela Reforma Trabalhista.

De qualquer sorte, a lei exige a formalidade (acordo coletivo ou convenção coletiva) para a compensação de jornada do menor (art. 413, I, da CLT) e do aeroviário (acordo individual com assistência sindical, acordo coletivo ou convenção coletiva – art. 19, parágrafo único, do Decreto 1.232/62).

O **bombeiro civil** tem sua jornada fixada em 12 horas de trabalho por 36h de descanso (art. 5º da Lei 11.901/2009), limitada a 36h semanais. Sua compensação, portanto, tem amparo legal, não havendo necessidade de ajuste individual ou coletivo.

Os **motoristas** regidos pela Lei 13.103/2015 podem ter suas jornadas compensadas, inclusive pelo regime de 12x36, desde que autorizados por normas coletivas (art. 235-F da CLT).

Para os **comerciários** a compensação de jornada que acarretar trabalho diário superior a 8 horas por dia, só poderá ser feito mediante norma coletiva, na forma do art. 3º, § 1º, da Lei 12.790/2013.

Para as atividades **insalubres** o acordo de compensação só será válido se houver prévia inspeção e permissão da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT (Súmula 85, VI do TST), salvo para o regime 12x36 (parágrafo único do art. 60 da CLT) ou autorização em norma coletiva (art. 611-A, XII, da CLT, neste caso desde que respeitadas as NRs).

Para os **domésticos** o acordo de compensação poderá ser feito mediante acordo escrito entre as partes, inclusive sob o sistema 12 x 36. (arts. 2º, § 4º, e 10 da LC 150/2015).

Entretanto, no regime de compensação do doméstico será devido o pagamento, como horas extraordinárias, das primeiras 40 (quarenta) horas mensais excedentes ao horário normal.

3.8. Prazo máximo

A compensação fixa ou tradicional prevista em acordo individual entre patrão e empregado, assim como o banco de horas previsto em norma coletiva, pode ocorrer até um ano (art. 59, § 2º, da CLT e art. 611-A, II, da CLT), enquanto no banco de horas ajustado por acordo individual, a compensação deve ocorrer no semestre.

A doutrina ainda não especificou como se estabelece o parâmetro anual ou semestral, se deve ocorrer dentro de um exercício (ano civil – de janeiro a dezembro ou semestre civil), ou a cada labor extra (um ano após cada labor extra ou seis meses após cada hora extra laborada).

A prática evidencia que as empresas têm adotado os dois sistemas. Alguns preferem ajustar que cada hora extra pode ser compensada em até **um ano ou semestre**. Outros estabelecem que, dentro do exercício do ano civil, todas as horas extras efetuadas através do banco de horas sejam

compensadas até dezembro deste mesmo ano. O que não se admite é que a contagem do ano ou o semestre comece a partir da aquisição do direito à folga compensatória, como vêm praticando alguns bancos.

De qualquer sorte, caso não sejam compensadas todas as horas extras laboradas, quando da rescisão estas deverão ser pagas pela remuneração desta época – art. 59, § 3º, da CLT e art.2º da LC 150/2015.

4. CONTRATO POR TEMPO PARCIAL

Sempre foi possível o ajuste salarial inferior ao mínimo mensal (como também se refere o art. 6º, § 3º, da Lei 605/49), mas igual ou superior ao mínimo por hora. As leis de política salarial e as que reajustam o valor do salário mínimo sempre estabeleceram valor hora, valor dia e valor mensal do salário.

Assim, é possível (e sempre foi) contratar trabalhador por duas horas por dia, três vezes por semana, num total de seis horas semanais, desde que se respeite o valor hora do salário mínimo. Neste caso, o salário mínimo pago no final do mês será inferior ao mensal estabelecido por lei, mas igual ou superior ao salário-hora estabelecido pela mesma lei. Da mesma forma a OJ 358 da SDI-I do TST.

Nem se poderia pensar de outra forma, pois seria extremamente injusto um empregado que trabalha 44 horas semanais por todas as semanas do mês ganhar o mesmo salário que o que trabalha 22 horas semanais no mesmo período.

Este tipo de ajuste não tinha nomenclatura especial e poderia ser chamado de jornada reduzida, ajuste benéfico ao trabalhador, condição mais favorável etc.

A principal inovação trazida pela MP 2.164-41/2001 que inseriu o art. 58-A da CLT, foi a possibilidade de redução do salário e da jornada, de forma proporcional, durante o contrato de trabalho e a antiga possibilidade de redução do período de férias (hoje não mais vigente). Para tanto, o legislador impôs alguns requisitos.

É necessária **autorização normativa** para a adoção do regime por tempo parcial quando ela é praticada depois da admissão, pois, do contrário, seria inconstitucional o § 2º do art. 58-A da CLT, já que a Constituição exige previsão expressa em convenção ou acordo coletivo para redução do salário. Aliás, tal exigência não foi originariamente prevista na primeira Medida Provisória que tentou autorizar a redução salarial por simples ajuste das partes.

O legislador adotava, antes da Lei 13.467/2017, o critério de nominar de **regime de tempo parcial** aquele cuja duração não excedia 25 horas semanais, regra que ainda vigora para os domésticos (LC 150/2015). Depois da Lei 13.467/2017, o regime por tempo parcial não poderá exceder 26 horas, com possibilidade de execução de até 6 horas extras[1] ou até 30 horas semanais,

sem horas extras. Apesar de não ter se referido ao limite máximo de labor ordinário diário, entendemos que este deve respeitar a regra geral, isto é, de **oito horas por dia**. Isto não quer dizer que não se possa ajustar limite superior a 26 ou 30 horas e inferior a 44 horas semanais. Desde que seja respeitado o salário mínimo hora, ou o piso normativo (ou legal) hora, o ajuste será lícito. Desta forma, poderá o empregador fazer a redução do salário e da jornada (de forma proporcional) se a norma coletiva assim autorizar (flexibilização autorizada pelo art. 7º, VI, da CRFB e pelo art. 611-A, § 3º, da CLT).

Foi revogado o art. 130-A da CLT, logo, a partir de 11.11.2017 os empregados urbanos e rurais com contrato por tempo parcial terão férias de 30 dias. Para os domésticos foi mantido o número reduzido de férias. Diversamente da regra anterior, foi autorizada a venda de 1/3 das férias dos empregados urbanos e rurais contratados por tempo parcial.

Outro requisito é a autorização por escrito do empregado para a redução da jornada e, consequentemente, do seu salário.

O art. 3º da LC 150/2015 estendeu aos domésticos a possibilidade do contrato por tempo parcial de até 25 horas semanais, desde a admissão, permitindo, entretanto, o labor extra de até 1 hora por dia, no limite de seis por dia, o que o diferencia dos empregados da CLT.

5. EXCLUÍDOS DO CAPÍTULO DA DURAÇÃO DO TRABALHO

Estão excluídos do Capítulo II, "Da Duração do Trabalho", os empregados de confiança, alguns tipos de trabalhadores externos e os teletrabalhadores na forma do art. 62 da CLT.

Estes trabalhadores também não têm direito a receber pagamento extra pelo tempo que permanecerem à disposição, em sobreaviso, prontidão, por supressão ou labor nos intervalos *intra* e interjornadas hora noturna e adicional noturno.

5.1. Empregado de confiança que tenha padrão mais elevado de vencimentos

Para a exclusão de uma regra tutelar geral, necessário o preenchimento de dois requisitos concomitantes: exercício de função de confiança e percepção de gratificação de, no mínimo, 40% ou majoração salarial correspondente a 40% (art. 62, parágrafo único, da CLT).

5.2. Função de confiança

Todo contrato é lastreado no princípio da boa-fé, que decorre da fidúcia inerente aos contratantes. O contrato de trabalho também é regido por este princípio e a todos os empregados é dispensada uma certa confiança, pois não se contrata quem se suspeita ser ímprobo. Todavia, não é deste tipo de confiança que trataremos, pois geral a todos os contratos, mas sim daquele de maior relevo, que distingue os empregados entre si.

De acordo com o art. 1.172 do Código Civil, "considera-se **gerente** o preposto permanente no exercício da empresa, na sede desta, ou em sucursal, filial ou agência". Quando a lei não exigir poderes especiais, considera-se o gerente autorizado a praticar todos os atos necessários ao exercício dos poderes que lhe foram outorgados, podendo ser conferidos a dois ou mais gerentes – art. 1.173 do CC.

Portanto, **gerente** é aquele que ocupa posição de superior hierárquico por atuar no exercício da empresa como auxiliar desta. Recebe seus poderes de gestão por delegação, tácita ou expressamente, diretamente conferidos pela diretoria, pelo empresário ou pelo superior hierárquico.

A confiança preconizada no art. 62, II, da CLT é aquela que é depositada no empregado que exerce, por delegação, algum poder típico do empregador, confundindo-se com ele em alguns atos, e similar àquela conceituada no art. 1.172 do Código Civil.

O poder disciplinar exercido pelo empregado de confiança não é requisito essencial para seu enquadramento no art. 62 da CLT, pois é possível encontrar chefe, diretor ou gerente que trabalhe sozinho (único empregado) com amplo poder de gestão, como acontece nas pequenas empresas. Estes não terão subordinados, logo, não exercerão o poder diretivo. São exemplos do exercício do poder disciplinar: dar ordens, aplicar punições, admitir e demitir, distribuir tarefas, alterar horários e local de trabalho etc.

Os poderes variam de acordo com a **intensidade** da confiança, assim como as garantias legais. Certo é que, quanto mais intenso o poder do empregado, maior a confiança, e mais afastado da tutela legal.

Ainda não se tem uma unanimidade na doutrina e na jurisprudência acerca de qual empregado de confiança está enquadrado no inciso II do art. 62 da CLT.

Como o grau de confiança pode variar de intensidade, classificamos os empregados de confiança em três categorias, pois para cada uma delas foi dispensado um tratamento legal distinto.

A norma coletiva poderá conceituar empregado de confiança de forma diversa e estabelecer outros critérios para sua exclusão do Capítulo "Da Duração do Trabalho", na forma do art. 611-A, V, da CLT.

5.3. Primeiro grupo – "Gerente"

No primeiro grupo estão os empregados com um ou mais dos poderes a seguir: atribuições de gestão, mando, fiscalização, podendo admitir, demitir, emitir cheques, efetuar compras, contratar, distratar, representar o empregador perante credores, devedores, clientes, repartições públicas, através de mandato outorgado pelo empregador ou não, podendo ter ou não subordinados. Têm poderes restritos, com limitações ou alçadas, não importando a quantidade de afazeres relacionados com o cargo de confiança, mas sim a intensidade desta, que é limitada. Não é possível enumerar taxativamente os poderes ou atribuições destes empregados, pois só o caso concreto irá tipificá-los.

Atos deste tipo de empregado podem ocasionar enormes prejuízos, mas jamais colocam em risco a atividade do empregador e a sua existência.

Atenção

Características:

a) podem ser transferidos unilateralmente para localidade diversa da que resultar o contrato (art. 469, § 1º, da CLT);

b) podem ser revertidos ao cargo efetivo, sem que isto importe em alteração contratual *in pejus* – art. 468, parágrafo único, da CLT. No entanto, a Súmula 372, I, do TST observa que o empregado terá direito à incorporação da gratificação de função, mesmo que retorne ao cargo efetivo, se permaneceu na função de confiança por dez ou mais anos, salvo justo motivo;

c) não adquirem estabilidade na função e, em alguns casos, nem no emprego (art. 499 da CLT);

d) se bancário e perceber gratificação de função superior ao terço do seu salário, estará excluído da jornada de seis horas, para ser incluído na regra geral de oito horas diárias, na forma do art. 224, § 2º, da CLT e da primeira parte da Súmula 287 do TST.

5.4. Segundo grupo – "Gerentão"

Pertencem ao segundo grupo os empregados de confiança que podem exercer as mesmas atribuições acima descritas, mas com poderes mais amplos ou irrestritos para alguns atos. Normalmente podem exercê-los sem fiscalização, sem limites, de forma autônoma, substituindo o próprio empregador. Mesmo quando necessitam de autorização, esta é concedida sem critério fiscalizador, já que decorre da confiança. Estes trabalhadores são caracterizados como altos empregados, por se confundirem com o próprio empregador, em face da amplitude de seus poderes. Um único ato destes empregados poderá colocar em risco não só a atividade do empregador, mas a sua própria existência. Este é o diferenciador entre o primeiro e o segundo grupos de empregados de confiança, isto é, entre o "gerente" e o "gerentão". Só os altos empregados caracterizados no "grupo 2" colocam em perigo a atividade empresarial, pouco importando objetivamente quais as suas atribuições específicas, pois com um ato, poderão colocar em risco o empreendimento.

Nas palavras de Mario de La Cueva "a própria existência da empresa, seus interesses fundamentais, a segurança e ordem essencial do desenvolvimento de sua atividade" são características dos poderes deste tipo de empregado de confiança, isto é, do "gerentão", já que é um ***longa manus*** do empresário.

Atenção

Características:

a) podem ser transferidos unilateralmente para localidade diversa da que resultar o contrato (art. 469, § 1º, da CLT), assim como os enquadrados no primeiro grupo;
b) podem ser revertidos ao cargo efetivo, sem que isto importe em alteração contratual *in pejus* – art. 468, parágrafo único, da CLT, observada a Súmula 372, I, do TST, assim como os enquadrados no primeiro grupo;
c) não adquirem estabilidade na função e, em alguns casos, nem no emprego (art. 499 da CLT), da mesma forma que os empregados de confiança do primeiro grupo;
d) se receberem, pelo menos, 40% a mais do valor do salário percebido na função ou cargo efetivo, mesmo que pagos em rubrica separada a título de gratificação, estarão **excluídos** de qualquer jornada, bem como de todo o Capítulo II "Da Duração do Trabalho", que compreende, também, os intervalos entre e intrajornadas, a necessidade de controle de ponto, a hora noturna reduzida, o adicional noturno, bem como qualquer pagamento extra pelo tempo à disposição, sobreaviso ou prontidão, direitos que o alto empregado não possui.

Nessa situação, encontra-se, por exemplo, o gerente-geral de uma agência de banco, conforme a segunda parte da Súmula 287 do TST. No entanto, esta é apenas uma presunção *iuris tantum* (relativa), e não *iuris et de iure* (absoluta), já que somente o real exercício da função de confiança garantirá a aplicação do art. 62, II, da CLT.

5.4.1. Controvérsia

A doutrina e a jurisprudência não são unânimes acerca da caracterização do empregado de confiança irrestrita, enquadrado no art. 62, II, da CLT.

Para alguns, a caracterização do cargo de confiança preconizada no inciso II do art. 62 da CLT, depende apenas do exercício do poder de gestão, sem, contudo, mencionarem qual a amplitude desta expressão, isto é, se coloca em risco ou não a existência da empresa.

Há, ainda, aqueles que traçam diferenças entre o enquadramento anterior à Lei 8.966/94 (que alterou a redação do art. 62 da CLT) e o posterior, defendendo que a CLT já abraçou a tese de *La Cueva*, mas que, após a alteração do art. 62 da CLT, não mais se vislumbra aquele requisito (colocar em risco a atividade da empresa), bastando, tão somente, o exercício de cargo de gestão, além do padrão mais elevado de vencimentos.

Entendemos que a nova redação da lei não alterou a essência da caracterização do empregado de confiança, que está excluído da regra geral da jornada, mas apenas impôs mais um requisito, ganho superior a 40%, para a diferenciação concreta e objetiva, evitando-se a baixa remuneração destes empregados. Esta teria sido a real intenção do legislador. Portanto, defendemos a mesma corrente que Mario de La Cueva.

A Súmula 287 do TST manteve a cizânia acerca do assunto, pois apesar de ter expressamente mencionado que o gerente-geral da agência de um banco está enquadrado no inciso II do art. 62 da CLT, não deixou claro se este gerente precisa ter poderes de gestão tão intensos a ponto de colocar em risco a existência da empresa ou se qualquer gerente-geral, mesmo com poderes limitados, está

excluído do Capítulo "Da Duração do Trabalho".

O fato de o legislador ter incluído os chefes de departamento, filial ou agência não contraria nossa tese, pois é possível um empregado que não se encontre no ápice da pirâmide hierárquica da empresa colocá-la em risco, como já nos deparamos com casos concretos julgados.

Ex. 1: Uma empregada que trabalhava para determinada empresa como "supervisora" (a nomenclatura da função é despicienda), com atribuição de contatar clientes e ajustar cláusulas com livre autonomia para vendas de produtos da empregadora. Não tinha subordinados, não podia admitir e demitir empregados, não possuía procuração formal outorgando-lhe poderes (tácita, sim), não emitia cheques, não escolhia os rumos do empreendimento. Entretanto, tinha autonomia bastante para ajustar a cláusula contratual mais conveniente aos interesses da empresa podendo, em caso de má-fé ou incompetência, colocar em risco a existência da empresa quando o contrato fosse extremamente nocivo à empregadora. Esta empregada está excluída da limitação da jornada, pois enquadrada no inciso II do art. 62 da CLT, apesar de não ter subordinados e não se encontrar no ápice da pirâmide hierárquica da empresa.

Ex. 2: Gerente-geral da agência bancária cuja única atribuição era a de administrar seus empregados, controlando horários, tarefas desenvolvidas, cumprimento de metas, perfeição dos trabalhos, sem qualquer poder de gestão ou comando acerca dos rumos ou negócios da empresa, pois seus atos estavam subordinados à diretoria do banco (S/A). Não é o empregado de confiança referido no inciso II do art. 62 da CLT.

Ex. 3: Apesar da pouca cultura, pois sequer cursou o ensino médio, o empregado escolhido como gerente dirige o negócio como se dono fosse, com todos os poderes para "tocar" o negócio, podendo negociar, escolher novos investimentos, efetuar contratos com autonomia. A escolha de seu nome como gerente se deu pelo fato de ter sido amigo de infância do dono do negócio. Este é o caso do alto empregado mencionado no inciso II do art. 62 da CLT, apesar de não ter conhecimento técnico e intelectual. Se, todavia, sua remuneração não for condizente com a responsabilidade que carrega, estará excluído do inciso II do art. 62 da CLT. Note-se, que o parâmetro de 40% sugerido pela lei, pode ou não ser objetivo.

Se existir cargo efetivo ou plano de cargos e salários, a comparação se fará na forma determinada pela lei, pois de fácil análise.

Se, entretanto, não existir cargo efetivo, PCCS ou parâmetro para a comparação, basta que seus vencimentos sejam significativamente superiores aos dos demais empregados, mesmo que seu subordinado imediato (ex.: subgerente) perceba apenas 20% a menos.

Lembramos que a norma coletiva pode considerar o gerente de confiança média como o inserido

no inciso II do art. 62 da CLT, mesmo que não receba 40% a mais, pois a convenção e o acordo coletivo terão prevalência sobre a lei – art. 611-A, V, da CLT.

5.4.2. Percepção de gratificação de 40% ou majoração salarial correspondente a 40%

A lei ainda exigiu que, para a exclusão da regra geral, os empregados de confiança irrestrita tenham também padrão mais elevado de vencimentos, exigência, aliás, existente desde 1943 com a redação original do art. 62 da CLT.

O critério para mensuração de padrão mais elevado foi identificado como aquele que permite que o empregado de confiança perceba gratificação de 40% ou majoração salarial correspondente a 40% – parágrafo único do art. 62 da CLT. Portanto, o pagamento da gratificação de função de confiança é facultativo, pois a majoração pode estar embutida no salário.

Há quem defenda que se não houver o pagamento da gratificação de 40% (que é facultativa), a comparação deve ser feita em relação ao cargo imediatamente inferior, logo, o empregado de confiança deverá ganhar 40% mais que seu subordinado imediatamente inferior.

A lei cometeu vários erros, pois não pensou na hipótese do trabalhador não ter ocupado cargo efetivo anteriormente ou de este não existir na empresa. A maioria das pequenas e médias empresas sequer possuem quadro de carreira. Nem sempre o exercente de cargo de confiança tem empregados imediatamente inferiores a ele. Pode ocorrer que no setor, filial, posto ou departamento que trabalhe não existam empregados a ele subordinados diretamente, ou que exista outro empregado de confiança imediatamente subordinado, mas que também tem poderes de gestão. Não é crível que se imagine que a lei tenha obrigado que entre empregados (de confiança ou não), no escalonamento hierárquico da empresa, haja, necessariamente, uma diferença de 40% entre o salário do cargo inferior para o imediatamente superior. Logo, a comparação não poderá ser realizada desta forma.

A lei se refere a 40% a mais do salário efetivo, compreendendo ou não a gratificação de função de confiança. Melhor teria sido dizer que a gratificação deveria ser de 40% do salário base, impondo critérios objetivos inafastáveis pela conveniência das partes.

Diante da redação imprecisa do parágrafo único do art. 62 da CLT, vários fatores concretos podem ocorrer que impossibilitem a verificação, como ocorre, por exemplo, quando o empregado é admitido diretamente para ocupar a função de confiança, que não tem subordinados diretos e cuja empresa não tem plano de cargos e salários. Como nunca ocupou cargo efetivo (só o de confiança) e como não tem subordinados diretos, como fazer a comparação? Defendemos que, neste caso, tal exigência não se aplicará, pois não se pode pagar 40% a mais daquilo que nunca foi pago.

Caso existam empregados hierarquicamente inferiores, mesmo que não subordinados ao alto empregado, basta que este tenha padrões mais elevados de ganhos salariais comparativamente aos demais, sem o critério objetivo de 40% a mais. Concluímos, pois, que o requisito (40% a mais) não

é da essência do ato, sendo mero requisito acidental.

Se receberem, pelo menos, 40% a mais do valor do salário base, ou cargo efetivo, ou do salário do cargo que anteriormente ocupavam, ou de empregado ocupante de função imediatamente inferior, ou, não sendo possíveis estes critérios, se tiverem padrões mais elevados de vencimentos, estarão excluídos de qualquer jornada, bem como de todo o Capítulo II da "Da Duração do Trabalho", que compreende, também, os intervalos entre e intrajornadas, a necessidade de controle de ponto, a hora noturna reduzida, o adicional noturno e a hora extra, bem como o pagamento como extra do tempo à disposição, de sobreaviso ou de prontidão.

Note-se que o Capítulo da "Duração do Trabalho" compreende não só a limitação da jornada, como também dos períodos de descanso, trabalho noturno e respectivo adicional. Portanto, são normas de proteção à saúde física e mental do trabalhador.

Para excluir qualquer empregado da reparação destas nocividades (trabalho extra e noturno), mister que a lei seja interpretada restritivamente, em face do princípio da proteção ao trabalhador que sustenta todo o Direito do Trabalho.

5.5. Terceiro grupo – Diretores

Aqui estão apenas os empregados eleitos (através de uma assembleia geral) ao cargo de **diretor** de uma sociedade anônima, desde que tenha desaparecido a subordinação outrora existente. A jurisprudência majoritária considera suspensos os contratos de emprego enquanto exercerem tal mister (Súmula 269 do TST). O tempo de afastamento não será computado como tempo de serviço. Tal posição se apoia no fato da diretoria da S/A ser um órgão em que os diretores administram livremente a empresa.

Enquanto suspenso o contrato, este trabalhador não tem qualquer direito trabalhista, nem mesmo ao FGTS. Da mesma forma, o Decreto 99.684/90, art. 29 c/c o item 1.6 da IN 3/96 do FGTS, que estendeu o Fundo apenas para aqueles empregados de confiança que, mesmo com o contrato suspenso, têm o tempo de serviço computado para todos os fins (item 1.2 da IN 3/96 do FGTS), o que não ocorre com os verdadeiros empregados eleitos diretores de S/A.

Convém relembrar que para a exclusão da tutela trabalhista ao diretor, necessário que seja eleito por assembleia ao cargo de gestão administrativa e financeira de uma sociedade anônima. Não basta a nomenclatura "diretor" para enquadrá-lo na Súmula 269 do TST, como tem acontecido nas grandes empresas: diretor de *marketing*, diretor de produtos, diretor do departamento de pessoal, diretor de campus, diretor de unidade, diretor setorial, diretor regional etc. A melhor denominação para os casos acima seria: "gerente", "chefe", "responsável" etc., pois não são diretores estatutários eleitos para a administração da S.A. Os verdadeiros diretores não estão subordinados à sociedade, mas tão somente ao voto da maioria do Conselho Administrativo.

A contratação direta de um diretor (estatutário) de **sociedade anônima**, que nunca tenha sido

empregado desta empresa, caracteriza-o como empresário, já que tem independência e sofre os riscos de responder com seus bens pessoais em caso de atos contrários à lei, aos fins sociais ou abuso de personalidade jurídica (Lei 6.404/76, art. 158, II, e art. 239, parágrafo único; Lei 6.024/74, arts. 39 e 40; e Código Civil, art. 50). Por isso, jamais será empregado, salvo se robustamente comprovada a fraude, isto é, que, apesar da nomenclatura de diretor e da eleição regularmente efetuada por assembleia, estava subordinado e não sofria os riscos do empreendimento.

5.6. Empregados externos

Alguns empregados externos estão excluídos do Capítulo da "Duração do Trabalho" da CLT, em razão da impossibilidade de controle de sua jornada, já que desenvolvem o trabalho longe dos olhos do patrão. Trabalhador externo é aquele que executa seus serviços fora do estabelecimento do empregador, sem fiscalização e controle.

COMO NO CASO DOS EMPREGADOS DE CONFIANÇA, O TRABALHO EXTERNO PODE SER DIVIDIDO EM DOIS GRUPOS	
1º Grupo	**2º Grupo**
Trabalhadores externos cujo controle de horário e de execução das tarefas é impossível ou de difícil mensuração	Trabalhadores externos cuja atividade desenvolvida é compatível com a fixação de horário

5.6.1. Primeiro grupo

Estão compreendidos neste grupo aqueles empregados cujo trabalho **não** está submetido a qualquer **controle** ou fiscalização, não havendo meta a ser cumprida ou visitações predeterminadas. Podem realizar as tarefas como melhor lhes convier, nos horários e dias de seu interesse ou necessidade.

Estão excluídos do Capítulo "Da Duração do Trabalho", porque impossível a mensuração da quantidade de trabalho desenvolvido por dia, em virtude do tipo e modo de realização da atividade exercida.

Por este motivo, a lei é expressa quando se refere a "empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho (...)" – art. 62, I, da CLT. Ou seja, é a incompatibilidade de fixação e controle da jornada que os afasta da tutela legal, e não o fato de desenvolverem suas atividades fora do estabelecimento do empregador.

Não são controlados por nenhum modo, nem por cartão de ponto, nem por mensuração de tarefas ou de produção, por visitações, negócios, atribuições realizadas etc.

Mesmo externo, se existir alguma forma de controle de produção, de percurso, de tarefas, de horário, de visitações etc., o empregado terá direito ao Capítulo em estudo e, se comprovadas as horas extras e/ou noturnas, haverá remuneração destas, pois a lei limitou a tutela protetiva em face de uma presunção jurídica (presume-se que o trabalhador externo não é controlado e fiscalizado), que pode ser afastada por prova em contrário. São **exemplos** desses trabalhadores: empregados em domicílio sem controle; os vendedores pracistas sem controle de vendas e visitações etc.

Estes são os verdadeiros trabalhadores externos incluídos no art. 62, I, da CLT.

Vejamos, abaixo, alguns deles.

5.6.1.1.Trabalhador em domicílio

A norma celetista (art. 6º da CLT) determina que não pode haver distinção entre o empregado que trabalha dentro do estabelecimento do empregador e aquele que trabalha no seu próprio domicílio, salvo dispositivo legal em contrário.

Outro dispositivo legal preocupou-se com o conceito de **trabalho em domicílio** – art. 83 da CLT –, considerando-o como aquele que é "executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere".

O conceito de domicílio deve ser aquele estabelecido no art. 70 do CC.

A CLT quis, na verdade, deixar claro que é possível existir relação de emprego, mesmo quando o empregado não comparece diariamente à empresa ou nunca comparece. Não teve o legislador interesse em discriminar, mas em dar tratamento diferenciado ante a presunção legal de trabalho sem controle e fiscalização.

A doutrina tem sido tolerante com a ajuda eventual ou insignificante de familiares ou amigos no cumprimento das tarefas, defendendo que, nestes casos, permanece o vínculo entre o empregado em domicílio e o patrão, desde que a prestação de trabalho não assuma a feição de empreendimento autônomo ou familiar. A própria CLT se refere ao trabalho em oficina de família, autorizando, implicitamente, a ajuda de familiares na mão de obra.

A pedra de toque para a descaracterização da relação de emprego pode ser notada quando o empregado passa a contratar (ou intermediar, obtendo lucro) ajudantes, a investir no negócio, adquirindo maquinaria, matéria-prima, utensílios industriais etc. Só a análise do caso concreto pode demonstrar a existência ou não do vínculo de emprego.

São **exemplos** de empregados em domicílio as costureiras que recebem o material em casa para realização das costuras; artesãos que confeccionam peças para posterior venda na empresa; trabalho artesanal para decoração diária de ambiente de trabalho (restaurantes etc.). Normalmente recebem por peça produzida.

O trabalhador em domicílio não pode ser confundido com o trabalhador autônomo, já que este

sofre os riscos do empreendimento, enquanto aquele, não. O fato de o empregado fornecer, exclusivamente, a matéria-prima pode ou não descaracterizar a relação de emprego, pois há vários empregados que são contratados com suas ferramentas de trabalho: carro, computador, caminhão, estetoscópio etc. Portanto, este não deve ser requisito distintivo, como o é no Direito italiano.

Normalmente o empregado que trabalha na sua própria casa não tem qualquer controle de jornada e, por isso, impera a presunção de exclusão do Capítulo "Da Duração do Trabalho". Se, entretanto, o patrão exigir-lhe número mínimo de produção diária ou, por outros meios, conseguir controlar sua jornada, o empregado terá direito ao capítulo em estudo.

Assim, se, de fato, fizer horas extras e/ou noturnas, receberá por elas.

5.6.2. Segundo grupo

Alguns trabalhadores externos, apesar de dispensados de controle de ponto, são obrigados a comparecer, uma vez ao dia, pelo menos, na empresa, ou a encontrar com o supervisor em algum "ponto de encontro". Estas medidas, analisadas isoladamente, não se caracterizam, por si só, em controle de jornada. Todavia, se conjugadas com outros elementos de fiscalização podem demonstrar o controle, como, por **exemplo**, exigir que o empregado cumpra determinado roteiro de visitas, ou que atinja certa meta de produção diária etc.

A diferença entre os empregados deste grupo e os do anterior é que os do primeiro grupo não têm nenhum controle aparente de jornada, enquanto os do segundo grupo o têm.

Cabe ressaltar que em ambos os casos é do empregado o ônus da prova de comprovar a compatibilidade do trabalho executado com a possibilidade de se controlar sua jornada. Nesta hipótese, o empregado terá direito ao Capítulo. Logo, se trabalhou em jornada suplementar terá direito ao respectivo pagamento.

5.6.3. Terceiro grupo

Há empregados que, embora executem seu trabalho majoritariamente de forma externa, são controlados no horário de entrada e saída, pelo número de viagens ou de saídas/visitas.

É o que acontece com o ***motoboy***, que entrega pizzas para a pizzaria ou restaurante, ou para o *delivery* (entregador) da farmácia, retornando após cada viagem para aguardar o novo comando de entrega; com o motorista do caminhão da loja de departamentos, que pega o carro na garagem, carrega-o e depois das entregas no domicílio do cliente, ao final da jornada, devolve o carro vazio ou não. Também são exemplos desses trabalhadores: os motoristas de ônibus de passageiros intermunicipal ou entre Municípios; os motoristas de carga; os contínuos e *boys* etc.

Para estes, o Capítulo "Da Duração do Trabalho" é aplicável, porque são controlados. Devem portar "papeleta de serviço externo" enquanto estiverem executando o trabalho externamente, na forma do art. 74, § 3º, da CLT.

5.6.3.1.Motoristas

a) Caminhão ou carreta

A Lei 13.103/2015 regulamenta a profissão de motorista de transporte de passageiros ou de carga e exige que seus empregadores controlem suas jornadas. O § 5º do artigo 71 da CLT autoriza o fracionamento do intervalo dos motoristas, cobradores, fiscais de campo e trabalhadores afins que trabalhem nos serviços de operação de veículos rodoviários, desde que empregados no setor de transporte coletivo.

b) Ônibus

O motorista de transporte de passageiro de linha circular urbana intramunicipal ou intermunicipal já era controlado, mesmo antes da lei, quando da saída e retorno do carro ao ponto final, de cada viagem. Em muitos casos ainda há um inspetor ou fiscal de plantão em pontos aleatórios do percurso, aguardando a parada do ônibus para controle. Portanto, sempre foram fiscalizados, e, por isso, não estavam incluídos no art. 62 da CLT.

A Portaria 1.120/95 do Ministério do Trabalho autoriza a adoção de guias ministeriais (controle alternativo) para verificação da jornada dos motoristas e cobradores.

É compatível a adoção das guias ministeriais com o art. 2º, V, b, da Lei 13.103/2015, pois se equiparam às papeletas ou fichas de serviço externo a que se refere o art. 74 da CLT. Ressalte-se que a Lei 13.103/2015 obriga o empregador a controlar a jornada dos motoristas profissionais, sejam eles de transporte de passageiros sejam de transporte de cargas.

Para o motorista de transporte de carga a medida é inovadora, pois eram presumidamente excluídos da proteção legal e estavam inseridos no art. 62 da CLT. Com a exigência criada pela nova lei, de controle de sua jornada, os **caminhoneiros** passam a ter os mesmos direitos dos demais empregados e, havendo labor extra ou noturno, terão direito ao respectivo pagamento.

5.6.4. Anotação na CTPS da condição de trabalhador externo

O art. 62, I, da CLT exigiu a anotação da condição de externo na CTPS e no Registro de Empregados. A anotação na CTPS é requisito da prova do ato, e não de sua essência. Se o patrão comprovar que o empregado é, de fato, externo prevalecerá a verdade à forma. A infração ao dispositivo legal sujeita o empregador somente à penalidade administrativa.

5.7. Teletrabalho

O conceito de teletrabalho era matéria que suscitava dúvidas na doutrina.

De acordo com o dicionário, “tele” significa longe, à distância.

Teletrabalho significa trabalho à distância, trabalho realizado fora do estabelecimento do empregador.

O teletrabalho pode ser desenvolvido no domicílio do empregado ou em um centro de computação, um escritório virtual ou alugado por hora para este fim aos interessados, pois há uma descentralização da empresa, pulverizando a "comunidade obreira"

A Lei 13.467/2017 pacificou as controvérsias a respeito do conceito e direitos do teletrabalhador quando incluiu os arts. 75-B e seguintes da CLT, que determinam que:

> **Art. 75-B**. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.
> Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.
> **Art. 75-C.** A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

O conceito de teletrabalho está agora estampado no art. 75-B da CLT.

Portanto, apesar de executar seus serviços **fora** do estabelecimento, o legislador considerou que o teletrabalho não é espécie de **trabalho externo**. Quis, na verdade, fugir da limitação contida no inciso I do art. 62 da CLT, que não exclui todos os externos do Capítulo "Da Duração do Trabalho", mas apenas aqueles cuja fixação de horário é incompatível com o serviço executado, isto é, quando não for possível controlar o serviço. Desta forma, mesmo que controlado, o teletrabalhador não terá direito à hora extra, noturna, adicional noturno, intervalo intrajornada e entrejornada. A exclusão não pode se estender ao 72 da CLT, pois, mesmo não tendo direito ao Capítulo, a regra é de medicina e segurança do trabalho e assegura aos digitadores, por analogia, o intervalo de 10 a cada 90 minutos.

De fato, no passado era difícil a mensuração do trabalho de um empregado em domicílio. Mas diante das novas tecnologias que permitem, em tempo real, o contato entre o empregado e o patrão, este meio de trabalho tem sido mais controlado e fiscalizado. Absurdo, por isso, o comando legal que exclui os teletrabalhadores de tantos benefícios pela mera presunção de que não são controlados. Estes também deveriam ter os mesmos direitos de todos os demais trabalhadores externos.

O teletrabalhador pode ser facilmente monitorado por webcâmera, intranet, telefone, rádio, GPS, número mínimo de tarefas diárias etc. Aliás, o parágrafo único do art. 6º da CLT é claro no sentido de que "Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio".

Importante salientar que como a regra contida no inciso III do art. 62 da CLT é maléfica ao

trabalhador, sua interpretação deve ser restritiva. Isto quer dizer que é requisito essencial para validade da exclusão do teletrabalhador ao Capítulo "Da Duração do Trabalho" a cláusula expressa em **contrato escrito** que indique esta modalidade de trabalho e especifique as tarefas que o empregado deve realizar.

Poderá ser realizada a **alteração** do regime presencial para o regime de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual (§ 1º do art. 75-C da CLT). Entretanto, poderá o **empregador** determinar a alteração do trabalho a distância para presencial, desde que garanta um prazo mínimo de transição de 15 dias, e também o faça com cláusula aditiva (§ 2º). Neste ponto o legislador é confuso, pois ao mesmo tempo que permite que a alteração seja **unilateral**, por determinação do empregador, exige termo aditivo ao contrato. E se o empregado não assinar e não concordar com o aditivo? A exigência de aditivo neste caso é inócua.

O contrato escrito também deverá dispor sobre a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, sendo que as utilidades fornecidas não integram o salário (art. 75-D da CLT). Com isso, poderão ser repassados ao empregado riscos com a sua saúde e com o material do trabalho.

Além disso, o art. 75-E da CLT dispõe que o empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho, devendo o trabalhador assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador. Isso quer dizer, que, neste caso, se o empregado adquirir uma doença profissional (tenossinovite, por exemplo), o empregador estará isento de qualquer responsabilidade subjetiva pelo acidente de trabalho.

6. VALORES DOS ADICIONAIS DE HORAS EXTRAS

Urbanos, rurais e domésticos	50%
Advogado	100% (art. 20, § 2º, da Lei 8.906/94)
Ferroviário	as quatro primeiras: 50%; a partir da 4ª hora extra: 60% ou 75% (art. 241 da CLT)
Portuário	100% pelo trabalho em feriado e intervalo intrajornada (art. 7º, §§ 5º e 7º, da Lei 4.860/65)
Trabalho aos domingos e feriados não	100% (Lei 605/49 c/c Súmula 146 do TST)

compensados	
Petroleiro	100% pelo trabalho no período do intervalo intrajornada (art. 3º, II, da Lei 5.811/72)

7. BASE DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS

O cálculo das horas extras é realizado a partir do salário do empregado mensalista, que deve ser dividido pelo número de horas trabalhadas no mês.

O total de horas mensais é obtido pelo número total de horas semanais x cinco semanas (ficção jurídica).

Assim, para os empregados que trabalham 8 horas por dia e 44 semanais, deve-se dividir o salário por 220 (horas), para se descobrir o valor do salário-hora. A partir daí o cálculo das horas extras é fácil, pois basta multiplicar o valor do salário-hora pelo número de horas extras laboradas no mês, acrescidas de 50% – arts. 64, 65 e 478, §§ 2º e 3º, da CLT c/c a Súmula 343 do TST.

De acordo com a CLT:

> **Art. 64.** O salário-hora normal, no caso de empregado mensalista, será obtido dividindo-se o salário mensal correspondente à duração do trabalho, a que se refere o art. 58, por 30 (trinta) vezes o número de horas dessa duração.
> Parágrafo único. Sendo o número de dias inferior a 30 (trinta), adotar-se-á para o cálculo, em lugar desse número, o de dias de trabalho por mês.
> **Art. 65.** No caso do empregado diarista, o salário-hora normal será obtido dividindo-se o salário diário correspondente à duração do trabalho, estabelecido no art. 58, pelo número de horas de efetivo trabalho.

Divide-se o valor do salário por 30, se mensalista, e por 15, se quinzenalista, para se descobrir o valor do salário-dia.

O divisor 220 é obtido pelo resultado de 44 horas semanais x cinco semanas mensais (44 x 5 = 220). Isto porque há presunção de que todos os meses têm 30 dias ou cinco semanas, salvo o do professor, pois a lei é expressa no sentido de que o mês do professor tem quatro semanas e meia (art. 320, § 1º, da CLT).

> **Ex.:** Para os que têm jornada de cinco horas por dia, seis dias na semana, logo, de 30 horas semanais, basta multiplicar este número por cinco semanas para obter o resultado de 150

horas mensais trabalhadas. Então este (150) será o divisor. Nesse sentido, o art. 305 é expresso para os jornalistas. Veja também a Súmula 431 do TST.

Apesar do bancário trabalhar seis horas por dia, durante cinco dias, logo, 30 horas semanais, o divisor não é 150, como aparenta, mas sim 180, porque a jurisprudência entendeu que o sábado é dia útil não trabalhado. Entretanto, parte do Enunciado da Sumula 124 do TST foi superada pela tese prevalecente e vinculante sobre divisor dos bancários proferida no Incidente de Recurso de Revista Repetitivo SBDI-I, IRR 849-83.2013.5.03.0138, de 21.11.2016.

O TST fixou tese vinculante sobre o divisor do bancário e firmou entendimento sobre outros pontos.

De acordo com a tese do TST, o divisor corresponde ao número de horas remuneradas pelo salário mensal, independentemente de serem trabalhadas ou não. O divisor aplicável para cálculo das horas extras do bancário é definido com base na regra geral prevista no artigo 64 da CLT (resultado da multiplicação por 30 da jornada normal de trabalho), sendo 180 e 220, para a jornada normal de seis e oito horas, respectivamente. A inclusão do sábado como dia de repouso semanal remunerado, no caso do bancário, não altera o divisor, em virtude de não haver redução do número de horas semanais, trabalhadas e de repouso.

Também decidiu que o número de semanas do mês é 4,2857, resultante da divisão de 30 (dias do mês) por 7 (dias da semana), não sendo válida, para efeito de definição do divisor, a multiplicação da duração semanal por 5. Em caso de redução da duração semanal do trabalho, o divisor é obtido na forma prevista na Súmula 431 (multiplicação por 30 do resultado da divisão do número de horas trabalhadas por semana pelos dias úteis).

Portanto, o TST tem entendimento diverso do nosso quanto ao cálculo do divisor das horas extras.

Todas as parcelas salariais habituais integram a base de cálculo das horas extras pela média física, na forma das Súmulas 264 e 347 do TST c/c OJ 47 da SDI-I do TST.

Quando o salário for pago por unidade de obra, por produção, por peça ou à base de percentagem ou comissão sobre a venda ou negócio realizado, o empregado só receberá o adicional sobre a hora extra, uma vez que a hora em si já está remunerada – Súmula 340 do TST c/c a OJ 235 da SDI-I do TST. O mesmo raciocínio se aplica se o seu salário for misto, isto é, parte fixa e parte variável – OJ 397 da SDI-I do TST.

O pagamento habitual das horas extras acarreta a necessária integração destas ao salário para fins de projeção no RSR – Súmula 172 do TST c/c o art. 7º da Lei 605/49; no 13º salário – Súmula 45; nas férias + 1/3 – art. 142, § 5º da CLT e no FGTS – Súmula 63 c/c a Lei 8.036/90.

Atenção

Exceção: OJ 60, II, da SDI-I do TST.

8. CONTROLE DE HORÁRIO

O art. 74, § 2º, da CLT imputa ao empregador que possuir mais de dez empregados por estabelecimento a obrigação de manter registro formal e idôneo para controle da jornada do empregado efetuado mediante cartão de ponto mecânico, manual ou eletrônico de frequência e horário.

A finalidade da exigência legal é a de permitir que o empregador controle a jornada do empregado, para fins de pagamento das horas extras e para que o empregado possa conferir a quantidade de labor diário. Além disso, o artigo consagra o princípio da inversão do ônus da prova – Súmula 338 do TST. É do empregador o ônus de provar a jornada de seus empregados desde que tenha mais de dez empregados por estabelecimento. As **microempresas** estavam dispensadas da exigência, mesmo que possuíssem mais de dez empregados por estabelecimento – art. 11 da Lei 9.841/99. Todavia, a Lei Complementar 123/2006 revogou a Lei 9.841/99 e, com isso, a prerrogativa. Atualmente, também as microempresas estão obrigadas à observância do art. 74 da CLT.

A lei só exige o controle dos horários de entrada e de saída do expediente do trabalho, pois os horários de saída e retorno do **intervalo intrajornada** não precisam ser anotados pelo empregado, bastando a mera indicação do período de descanso no controle de horário – art. 74, § 2º, da CLT c/c a Portaria 3.626/91 do MT. Esta medida evita que o empregado deixe de aproveitar parte do intervalo na fila para marcar o ponto.

A lei se refere a **estabelecimento** e não a empresa, logo, a contagem deve respeitar os parâmetros legais. O posto de atendimento situado fora dos limites do estabelecimento equipara-se a uma unidade autônoma, apesar de, na prática, corresponder a uma unidade de determinada agência. Apesar do entendimento majoritário ser no sentido de que o "posto" (ex.: posto bancário) é um prolongamento do estabelecimento, advogamos que, de acordo com a *mens legislatoris*, o relevante é o número de empregados que há no posto, normalmente localizado em endereço diverso da agência ou estabelecimento), pois é ali que a fiscalização de horário deve ser feita.

Poderá a norma coletiva disciplinar de forma diversa o número máximo de empregados ou até excluir a exigência de controle de ponto – art. 611-A da CLT.

Para os empregados que executam trabalho externo, a lei exige a expedição de papeleta de serviço externo – art. 74, § 3º, da CLT, o que não configura controle de horário.

Para os **domésticos** a LC 150/2015 exige que o empregador adote controle de ponto,

independente do número de empregados que possui.

[1] O limite de seis horas extras por semana não pode ultrapassar o *caput* do art. 59 da CLT, isto é, até o máximo de 2 por dia.

SUSPENSÃO E INTERRUPÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

A maior distinção entre a suspensão e a interrupção é que nesta há pagamento total ou parcial do salário, enquanto naquela não há. Via de regra, na suspensão, o tempo de serviço não é computado nem é devida qualquer contraprestação, enquanto na interrupção, ao contrário, o tempo de serviço é computado para todos os efeitos e as parcelas salariais são devidas integral ou parcialmente. Na suspensão, as partes se desobrigam do cumprimento de quase todas as obrigações contratuais, enquanto na interrupção todas as cláusulas contratuais permanecem vigentes, estando o empregado desobrigado de prestar serviços.

1. CONCEITO

a) Suspensão contratual

Durante a suspensão contratual o empregado deixa de prestar serviços temporariamente ao empregador. Este, por sua vez, susta o pagamento dos salários e de outras contraprestações ou vantagens ao trabalhador. Neste período, as principais cláusulas contratuais ficam estáticas, paralisadas. Salvo raras exceções, o contrato não é executado e, por isso, não produz os principais efeitos. Todavia, as obrigações acessórias continuam em vigor, cabendo, em caso de violação, a rescisão por justa causa. Na verdade, não é o contrato que fica suspenso, e sim a sua execução.

As características vistas encontram **exceção** nos seguintes casos: acidente de trabalho, licença-maternidade, suspensão do contrato para participação em cursos e serviço militar. Por este motivo, a doutrina não é unânime em aceitar que estes casos sejam de suspensão, mas sim de interrupção, pois, durante o período, é devido o FGTS e computado o tempo de serviço, isto porque há quem defenda que nos casos de suspensão contratual a paralisação é quase plena e que durante o período o tempo de serviço não é computado, não sendo devido o FGTS nem qualquer outra parcela ao empregado.

Durante a suspensão e a interrupção, o empregador não poderá demitir o empregado sem justa causa, salvo em caso de extinção da empresa ou por força maior. Entendemos que no curso do contrato por prazo determinado a suspensão, a interrupção e a estabilidade não impedem o implemento do termo final, na forma do art. 472, § 2º, da CLT. Na verdade, o que não se admite é a despedida imotivada durante a suspensão, e não a morte natural do contrato. Em caso de justa causa

praticada pelo trabalhador ou pelo empregador, será possível a extinção do contrato durante a suspensão, assim como o pedido de demissão. Em sentido similar, o § 2º do art. 510-C da CLT veda que o empregado com contrato suspenso, determinado ou no período do aviso prévio se candidate ao cargo de representante dos empregados nas empresas com mais de 200 empregados.

Todavia, o TST modificou seu entendimento e alterou os incisos III das Súmulas 244 e 378 do TST para adotar a tese oposta, isto é, de que, nestes casos (gestante e acidente de trabalho) adquire-se estabilidade mesmo após o termo final do contrato por prazo determinado.

As partes não podem estipular a suspensão do contrato fora dos casos expressamente previstos em lei, pois isto prejudica o empregado, que fica o período sem receber salários, salvo se foi por ele expressamente requerido e em seu benefício. Portanto, as "licenças sem vencimentos" impostas por alguns empregadores aos seus empregados, situação muito comum com professores universitários, são nulas de pleno direito, podendo o empregado aplicar a justa causa ao empregador por descumprimento grosseiro do contrato – art. 483, *d*, da CLT (não dar trabalho).

De forma contrária, é possível ajustar com o empregador hipóteses de interrupção contratual, pois, via de regra, esta é vantajosa para o trabalhador.

Quando o empregado retornar do período de suspensão contratual receberá as benesses, a partir daí, que a sua categoria obteve – art. 471 da CLT.

O prazo para retornar ao serviço é de 30 dias a contar da data que cessou a causa da suspensão das cláusulas contratuais. Passados os 30 dias, o empregador poderá aplicar a justa causa ao empregado – o abandono de emprego, rescindindo o contrato. Esta penalidade independe de convocações para o trabalho, pois é obrigação do empregado retornar ao serviço, e não do empregador pedir para ele voltar ao serviço.

b) Interrupção contratual

Na interrupção contratual o empregado cessa a prestação de serviços, mas o empregador continua obrigado ao pagamento de forma total ou parcial dos salários e vantagens e o tempo de serviço é computado para todos os efeitos legais. Cessada a interrupção, o empregado deve, como na suspensão, retornar em, no máximo 30 dias, ao trabalho.

SUSPENSÃO	INTERRUPÇÃO
Paralisação das principais cláusulas do contrato de trabalho	Paralisação de algumas cláusulas do contrato de trabalho
Não há pagamento dos salário e/ou vantagens durante o período de afastamento*	Há pagamento total ou parcial dos salários durante o período de afastamento

O tempo de afastamento não é computado*	O tempo de afastamento é computado

*Há três exceções: acidente de trabalho, serviço militar e licença maternidade.

2. OBRIGAÇÕES DAS PARTES DURANTE A SUSPENSÃO E INTERRUPÇÃO CONTRATUAL

2.1. Obrigações do empregador

O empregador deve respeitar o empregado durante o período de suspensão/interrupção contratual, abstendo-se de divulgar informações que denigram a sua imagem profissional e pessoal.

Dúvida de relevo surge quando o tema diz respeito às obrigações do empregador enquanto as cláusulas contratuais estão suspensas. Isto se explica porque em alguns casos a paralisação total de todas as cláusulas pode acarretar graves prejuízos ao empregado.

Imaginemos um empregado acidentado e gravemente ferido que, por força disto, está em gozo de auxílio-doença. Pergunta-se: terá ele direito, durante o período de suspensão contratual, à manutenção do plano de saúde e da moradia concedidos pelo empregador?

Tecnicamente, o empregador pode suspender todos os efeitos pecuniários ou patrimoniais do contrato, pois as cláusulas contratuais ficam totalmente paralisadas, já que a execução do contrato é sustada. Assim, de acordo com essa visão fria e literal, pode o empregador suprimir o plano de saúde, ter restituída a moradia, deixar de conceder o vale-transporte, tíquete-refeição etc.

Todavia, é na doença que o empregado mais precisa do plano de saúde e a benesse foi concedida exatamente para a saúde. Desta forma, defendemos, assim como a jurisprudência (Súmula 440 do TST), que o trabalhador com o contrato suspenso por problemas de saúde deve ter direito à continuidade do plano de saúde.

Para as demais hipóteses, sugerimos que o intérprete analise o motivo da suspensão contratual para decidir a questão. Desta forma, se o empregado está com seu contrato suspenso porque foi eleito dirigente sindical, todas as benesses podem ser suspensas. O mesmo raciocínio deve ser utilizado caso ele tenha tido seu contrato suspenso por serviço militar obrigatório ou por desempenhar qualquer cargo público civil etc. Por outro lado, caso a suspensão tenha ocorrido por motivo de acidente ou doença, a questão se torna mais difícil, já que algumas utilidades, como as relativas à saúde (plano de saúde), foram concedidas exatamente para atender a essas situações excepcionais. Daí por que defendemos que, excepcionalmente, algumas utilidades, dependendo do motivo e da duração da suspensão contratual, devem continuar a ser concedidas.

A manutenção da utilidade para os casos de doença e acidente se coaduna com o princípio da proteção ao trabalhador e da dignidade da pessoa humana. Entrementes, a medida pode se tornar

extremamente onerosa para o bom empregador que, ao contrário dos demais, forneceu o plano de saúde. Isto se explica porque pode um trabalhador permanecer em auxílio-doença durante anos e mais tarde aposentar-se por invalidez (motivo de suspensão do contrato) e, nesta condição também permanecer muitos anos. A situação deve ser analisada com cuidado, pois em alguns casos poderá o empregador cobrar pelo valor do plano de saúde.

A Súmula 440 do TST pacificou a questão ao determinar que nos casos de auxílio doença e aposentadoria por invalidez, o patrão que já fornecia o plano de saúde deve continuar concedendo a benesse.

Não se deve confundir a obrigatoriedade ou não de manutenção do plano de saúde pelo empregador como o disposto no art. 30 da Lei 9.656/98, que é dirigido à seguradora.

2.2. Obrigações do empregado

Durante o período de suspensão o empregado deve manter a lealdade contratual e, mesmo sem prestar serviços e receber qualquer vantagem econômica do empregador, não poderá praticar atos que autorizem a aplicação da justa causa.

Logo, não poderá o empregado divulgar segredo da empresa, violar informações sigilosas, depredar patrimônio da empresa, macular a imagem do empregador etc.

O pedido de demissão efetuado pelo empregado no curso do período de suspensão ou de interrupção, desde que não eivado de vício de consentimento, é perfeitamente possível e válido, já que ele mantém sua capacidade e liberdade de agir.

Resumindo: apenas as principais cláusulas contratuais ficam paralisadas durante a suspensão contratual.

3. DESPEDIDA INJUSTA NO CURSO DA SUSPENSÃO OU DA INTERRUPÇÃO

Durante o período de suspensão ou de interrupção contratual não pode o empregado ser despedido sem justa causa, em face da paralisação das cláusulas contratuais que limitam o poder potestativo de dispensa.

Via de consequência, lógico seria afirmar que é **nula** a despedida injusta praticada no curso da suspensão ou da interrupção contratual, gerando o direito de o empregado ser reintegrado no emprego (se no momento da decisão já tiver cessado o motivo) ou ter seu contrato restabelecido (se na ocasião da decisão judicial ainda estiver com o contrato interrompido ou suspenso como, por exemplo, em gozo de auxílio-doença). Entretanto, a posição da jurisprudência tem sido em outro sentido. Considera "regular" a dispensa, mas seus efeitos são protraídos para a primeira data possível, isto é, a jurisprudência tem considerado válida a declaração unilateral do empregador no sentido de romper o vínculo sem justa causa, mas os efeitos desta declaração (resolução do contrato)

só serão produzidos depois da cessação do motivo da interrupção ou da suspensão contratual, como, por exemplo, da alta médica (primeiro dia útil após o término da suspensão ou interrupção).

4. HIPÓTESES DE SUSPENSÃO

4.1. Serviço militar obrigatório

O serviço militar obrigatório importa na suspensão do contrato de trabalho (art. 472 da CLT), porque o empregador não terá nenhum ônus salarial no período – Leis 4.072/62 e 4.375/64. Todavia, o tempo de afastamento é computado para todos os efeitos – art. 4º da CLT, inclusive para fins de depósito do FGTS. Alguns doutrinadores, por causa destes efeitos, consideram esta hipótese como de interrupção do contrato. Da mesma forma o Decreto 99.684/90, art. 28.

Se o trabalhador ingressar voluntariamente nas Forças Armadas seu contrato não se suspende nem se interrompe. Neste caso, considera-se que o empregado trocou de "profissão" pondo fim ao contrato.

A convocação do empregado para manobras, para manutenção da ordem interna ou guerra importa na interrupção do contrato, pois o empregador estará obrigado ao pagamento de 2/3 do seu salário.

4.2. Encargos civis públicos

A eleição ou a designação de um empregado para um cargo público acarreta a suspensão do contrato, salvo ajuste em contrário.

> **Exs.:** membros eletivos do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas ou Câmaras Municipais; juízes classistas, prefeitos, governadores etc.

4.3. Mandato sindical

O empregado eleito dirigente sindical tem seu contrato suspenso durante seu mandato (art. 543, § 2º, da CLT) desde que a acumulação da função de dirigente com a de empregado seja incompatível com o seu horário de trabalho. Neste caso o empregado deixa de comparecer à empresa em face da incompatibilidade de horários.

Se, entrementes, o comparecimento ao sindicato for intercalado, isto é, um dia sim outro não, ou apenas durante poucas horas do dia, por exemplo, o contrato só será suspenso durante estes períodos. Nesta hipótese, deverá o trabalhador cientificar o empregador das ausências, sob pena de serem consideradas falta ou atraso injustificado.

Há, ainda, dirigentes sindicais que desempenham suas funções como empregados sem a necessidade de interromper o trabalho para comparecimento ao sindicato. Se assim ocorrer, não

haverá nem suspensão nem interrupção.

4.4. Suspensão disciplinar

A suspensão disciplinar se caracteriza como uma punição aplicada pelo empregador ao empregado em virtude de uma falta cometida por este – art. 474 da CLT. Sua duração máxima é de 30 dias, sob pena de se configurar o rompimento do contrato sem justa causa. Durante a suspensão disciplinar o empregado não recebe salários.

4.4.1. Suspensão para responder a inquérito judicial

Quando o empregador desejar demitir seu empregado estável decenal por justa causa, deverá fazê-lo por intermédio de uma ação chamada inquérito judicial – art. 494 da CLT. Entre a falta e o ajuizamento do inquérito o empregador poderá, caso deseje, suspender o empregado para afastá-lo do ambiente de trabalho. Se assim proceder, terá o prazo decadencial de 30 dias para o ajuizamento do inquérito – Súmula 403 do STF, sob pena de, não o fazendo, o empregado retornar ao emprego, devendo receber os salários do período de afastamento.

Ajuizado o inquérito judicial no prazo legal, o empregado permanecerá suspenso até o trânsito em julgado da decisão proferida nos autos deste inquérito. Se julgado improcedente, o empregado retornará ao emprego, em face de sua estabilidade, tendo direito à percepção dos salários atrasados – art. 495 da CLT, convolando-se todo o período de suspensão em interrupção. Se procedente o inquérito, o contrato do estável será extinto com a primeira decisão que converteu a reintegração em indenização dobrada, na forma da Súmula 28 do TST.

A suspensão para o ajuizamento do inquérito não se confunde com a suspensão disciplinar estudada acima, pois aquela é forma de punição e esta é faculdade legal que o empregador possui para afastar o empregado infrator do ambiente de trabalho a fim de permitir a investigação e consequente ajuizamento da ação de inquérito.

Também precisam de inquérito judicial para apurar e aplicar a justa causa outros estáveis: o dirigente sindical, o dirigente de cooperativa e o dirigente do conselho curador da Previdência Social.

4.5. Diretor eleito de S/A

A diretoria de uma S/A é considerada órgão da sociedade e é por meio de seu diretor que esta sociedade é administrada, gerida e comandada. Por isto, ao ser eleito diretor da S/A, o contrato do empregado é suspenso – Súmula 269 do TST. Para tanto, é necessário que tenha sido admitido em outra função e, mais tarde, eleito diretor de S/A, na forma prevista no estatuto da sociedade, momento em que seu contrato é suspenso, pois deixa de ser subordinado à empresa, para comandá-la.

Se, todavia, o trabalhador continuar subordinado à empresa, conclui-se que a eleição foi apenas

uma forma de mascarar uma promoção a um cargo superior. Nesta hipótese, o contrato continua em curso, não havendo suspensão.

Pode, ainda, o trabalhador ingressar diretamente como diretor eleito de uma S/A, sem antes ter sido empregado. Neste caso, não será empregado, pois é o gestor dos negócios, confundindo-se com o próprio empregador.

4.6. Greve – Lei 7.783/89

O art. 7º da Lei 7.783/89 expressamente prevê que a adesão à greve suspende o contrato durante o movimento, período em que não há pagamento de salários nem prestação de serviços.

Se, entretanto, após o julgamento do dissídio (ação coletiva), o Tribunal determinar ou o empregador espontaneamente pagar os salários, o período será de interrupção, e não de suspensão.

4.7. Auxílio-doença

A doença que acarrete o afastamento do empregado pode surtir dois efeitos no contrato de trabalho: pelos 15 primeiros dias importa na interrupção (art. 59 da Lei 8.213/91 c/c o art. 476 da CLT). A partir do 16º dia, inclusive, a doença suspende o contrato, momento a partir do qual o empregador estará desonerado do pagamento dos salários, que ficarão a cargo da Previdência Social, salvo para o doméstico, cujo contrato fica suspenso desde o primeiro dia (art. 72, § 1º, do Decreto 3.048/99).

4.8. Aposentadoria por invalidez

A aposentadoria por invalidez é provisória e, enquanto perdurar, o contrato permanece suspenso – art. 475 da CLT c/c o art. 43 da Lei 8.213/91. A doutrina se divide acerca do tempo máximo de duração desta aposentadoria provisória, já que, segundo alguns estudiosos, o contrato de trabalho não poderia ficar indefinidamente suspenso. A jurisprudência trabalhista preferiu adotar a tese de que o prazo de suspensão é igual ao da aposentadoria por invalidez, mesmo que superior a 5 anos – Súmula 160 TST. Por outro lado, a jurisprudência do STF é no sentido de que a aposentadoria por invalidez suspende o contrato pelo período máximo de 5 anos, quando se torna definitiva e rompe o contrato – Súmula 217 do STF.

Ora, se a própria Previdência não considera definitiva a aposentadoria por invalidez após 5 anos, determinando o retorno do beneficiário ao trabalho em quaisquer das hipóteses, por que o intérprete iria entender de forma diversa? Por isto, adotamos a tese esposada pelo TST.

4.9. Licença-maternidade

De acordo com os arts. 71 e 73 da Lei 8.213/91, a empregada recebe diretamente do empregador o benefício previdenciário durante os 120 dias de sua licença, salvo a doméstica, que recebe da

Previdência. Durante a suspensão o empregador deverá depositar o FGTS da empregada – art. 28, IV, do Decreto 99.684/90.

Muito se discute se o período em que a empregada se encontra em licença-maternidade é de suspensão ou de interrupção, pois é o empregador quem paga o salário.

Apesar de o empregador adiantar os salários do período, tais valores são compensados com aqueles que a empresa deve à Previdência, na forma dos arts. 71 e 73 da Lei 8.213/91 c/c os arts. 131, II, e 393 da CLT. Logo, podemos concluir, em última análise, que é a Previdência quem paga o benefício. Concluímos, pois, que parece ser mesmo caso de suspensão contratual.

4.10.Acidente de trabalho

O acidente de trabalho está previsto na Lei 8.213/91, art. 59 c/c os arts. 60, § 4º, e 476 da CLT. A partir do 16º dia do acidente de trabalho o contrato fica suspenso, apesar do empregador continuar obrigado ao depósito do FGTS – art. 28 do Decreto 99.684/90. O tempo de serviço do período de suspensão é computado para todos os efeitos – art. 4º da CLT.

4.11.Suspensão para curso

No período de 2 a 5 meses o contrato do empregado poderá ser suspenso para que este frequente curso profissionalizante custeado pelo empregador, desde que esta suspensão seja autorizada pela norma coletiva – art. 476-A da CLT. Este prazo poderá ser prorrogado.

A suspensão durará o tempo do curso. Se, durante a suspensão, não for ministrado qualquer curso de qualificação profissional, estará descaracterizada a suspensão, devendo o empregador pagar os respectivos salários além da multa normativa prevista para o caso.

O contrato não poderá ser suspenso por mais de uma vez, pelo mesmo motivo, no período de 16 meses.

Se ocorrer dispensa do empregado durante a suspensão ou nos 3 meses subsequentes ao seu retorno, o empregador pagará ao empregado, além das parcelas resilitórias, a multa prevista no acordo ou convenção coletiva que deverá ser de, no mínimo, 100% do valor da última remuneração mensal anterior à suspensão – art. 476-A, § 5º, da CLT.

4.12.Trabalho Intermitente

O trabalho intermitente é aquele regulado pelos arts. 452-A e seguintes da CLT, novidade trazida pela Lei 13.467/2017. O empregado contratado para o regime intermitente terá períodos de trabalho e de inatividade. Os períodos de inatividade são suspensões contratuais, épocas em que o empregado não trabalha e nada recebe. Não é considerado tempo à disposição os períodos de inação e, por isso, também não haverá depósitos do FGTS, recolhimento da cota previdenciária ou qualquer outro efeito. Remetemos o leitor ao capítulo referente a esta espécie de contrato de trabalho.

5. HIPÓTESES DE INTERRUPÇÃO

AUSÊNCIAS LEGAIS PREVISTAS NO ART. 473 DA CLT
Até dois dias consecutivos, em caso de falecimento do cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou pessoa que, declarada em sua Carteira de Trabalho, viva sob sua dependência econômica;
Até três dias consecutivos, em virtude de casamento;
Por cinco dias, em caso de nascimento de filho, **no decorrer da primeira semana – licença-paternidade (redação do art. 473, III, da CLT, alterada tacitamente pelo art. 7º, XIX, da CRFB c/c o art. 10, § 1º, do ADCT);**
Por um dia, em cada doze meses de trabalho, em caso de doação voluntária de sangue devidamente comprovada;
Até dois dias consecutivos ou não, para o fim de se alistar eleitor, nos termos da lei respectiva;
No período de tempo em que tiver de cumprir as exigências do serviço militar referidas na alínea c do art. 65 da Lei 4.375/64 (Lei do Serviço Militar). A alínea c do art. 65 da Lei 4.375/64 refere-se ao comparecimento anual obrigatório, para apresentação da reserva ou cerimônias cívicas;
Nos dias em que estiver comprovadamente realizando prova de exame vestibular para ingresso em estabelecimento de ensino superior;
Pelo tempo que se fizer necessário, quando tiver que comparecer como parte em juízo – Súmula 155 do TST;
Até 2 (dois) dias para acompanhar consultas médicas e exames complementares durante o período de gravidez de sua esposa ou companheira;
Por 1 (um) dia por ano para acompanhar filho de até 6 (seis) anos em consulta médica.

AUSÊNCIAS LEGAIS PREVISTAS NO ART. 131 DA CLT

Professor – nove dias, por falecimento de pai, mãe ou filho – art. 320, § 3º, da CLT;
Duas semanas em caso de aborto – arts. 392 e 395 da CLT. A doutrina majoritária defende que apenas o aborto não criminoso interrompe o contrato;
Domingos e feriados – Lei 605/49;
Representante dos empregados nas Comissões de Conciliação Prévia – art. 625-B, § 2º, da CLT. Terão direito ao salário integral quando estiverem no exercício da função de conciliadores das referidas entidades;
Aviso prévio indenizado – art. 487, § 1º, da CLT;
Testemunha – art. 822 da CLT. O comparecimento da testemunha em juízo não importa em desconto salarial, motivo pelo qual o empregador deve pagar os salários dos dias respectivos;
Acidente de trabalho – 15 primeiros dias – art. 60 da Lei 8.213/91 c/c os arts. 30 e 71 do Decreto 3.048/99;
Doença – art. 60 da Lei 8.213/91. A doença que não importa em desconto salarial é aquela atestada por médico da empresa, da Previdência Social ou do sistema conveniado ao SUS. Os 15 primeiros dias são pagos pelo empregador (salvo doméstico). A partir do 16º em diante é pago pela Previdência Social;
Afastamento para inquérito por motivo de segurança nacional – art. 472, § 5º, da CLT – interrupção apenas nos primeiros 90 dias de afastamento, no restante do período o afastamento caracteriza-se como suspensão;
Comparecimento à sessão do júri – O comparecimento do empregado à sessão do júri, como jurado, não enseja desconto salarial – art. 441 do Código de Processo Penal;
Trabalho nas eleições – art. 98 da Lei 9.504/97 – direito ao dobro dos dias de trabalho (descansando e recebendo);
Força maior – art. 61, § 3º, da CLT – A força maior pode acarretar a cessação da atividade empresarial ou a interrupção da atividade econômica. Nesta última hipótese, o contrato do empregado permanece interrompido durante o período em que a

empresa estiver paralisada;
Lock out – art. 722, § 3º, da CLT – Lock out é o mecanismo utilizado pelos empregadores, proibido por lei, para compelir seus empregados à prática de algum ato ou para constrangê-los a determinada coisa. Para tanto, o empregador fecha o estabelecimento ou a empresa, impedindo o trabalho. A iniciativa se assemelha com a da greve, só que neste caso o movimento é do empregador. No caso de paralisação (lock out) da empresa, os empregados atingidos têm direito à integralidade salarial dos dias parados;
Intervalos intrajornadas computados no tempo de serviço;
Férias – art. 130 da CLT.
Licença-maternidade – 120 dias – art. 131, II, e art. 392 da CLT. O empregador adianta e compensa o valor com a Previdência, salvo doméstica e intermitente. Há quem defenda que esta hipótese é de interrupção e outros apontam como de suspensão contratual.

FÉRIAS

1. CONCEITO E FUNDAMENTO

1.1. Conceito

Férias é o direito do empregado ao descanso anual remunerado que todo empregado possui após o preenchimento de determinados requisitos.

Tem direito a férias anuais os urbanos, rurais e domésticos.

1.2. Finalidade

O descanso anual tem o objetivo de eliminar as toxinas originadas pela fadiga e que não foram liberadas nos repousos semanais, descansos entre e intrajornadas. O trabalho contínuo, dia após dia, gera grande desgaste físico e intelectual, acumulando preocupações, obrigações e outros fenômenos psicológicos e biológicos adquiridos em virtude dos problemas funcionais do cotidiano.

Um período maior de descanso permite uma melhor reposição de energia e restaura o equilíbrio orgânico. As férias se constituem em forma de higiene social e mental.

Seis são os fundamentos para a concessão das férias:

1. Fisiológico	o excesso de trabalho traz a fadiga. O repouso contínuo por 30 dias repõe as energias
2. Econômico	o empregado descansado produz mais e com maior satisfação
3. Psicológico	o afastamento do trabalho propicia momentos de relaxamento, diversão, viagens ou descanso. Este necessário repouso ajuda no equilíbrio mental do trabalhador
4. Cultural	no período de férias "o empregado abre seu espírito para coisas alheias à terra, abrindo-se para outras culturas"
	se traduz na utilidade das férias como mecanismo de

5. Político	equilíbrio da relação trabalhador x empresário
6. Social	porque aproxima o trabalhador da família, dos amigos e da sociedade neste período de descanso

O direito ao usufruto das férias é irrenunciável porque a norma é de medicina e segurança do trabalho, constituindo-se, assim, em direito de indisponibilidade absoluta previsto em lei.

2. NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica das férias é de **direito** para o empregado e obrigação para o patrão. Corresponde ao direito ao descanso remunerado obrigatório, isto é, à interrupção do contrato de trabalho, pois o empregado tem o direito de não trabalhar durante 30 dias consecutivos, recebendo sua média remuneratória, como se trabalhando estivesse. Entretanto, também tem o empregado o dever de não trabalhar para outro empregador neste período, salvo se já estava obrigado a tanto, por força de outro contrato de trabalho (art. 138 da CLT). Isto é, não poderá procurar um novo emprego, um "bico", uma colocação, um trabalho durante seu período de férias. Desta forma, conclui-se que o empregado tem também o dever de descansar.

Convém lembrar que as férias não usufruídas durante o contrato devem ser pagas quando da rescisão contratual. Neste caso, a obrigação de fazer converte-se no valor equivalente em espécie, isto é, em obrigação de dar (pagar), passando a ter natureza jurídica de **indenização**, salvo para os efeitos do art. 449 da CLT, quando constituirão crédito privilegiado na falência, recuperação ou dissolução da empresa (art. 148 da CLT). Neste sentido a OJ 195 da SDI-I do TST. Em virtude disto, as férias indenizadas não integram o tempo de serviço e, por consequência legal, sobre elas não incide o FGTS.

3. PERÍODO DE FÉRIAS E DURAÇÃO

Em regra, as férias são de **30 dias corridos**, independente de se o mês da concessão tem 28 ou 31 dias.

Há posição isolada que sustenta que as férias devem ser de 30 dias úteis, sob o argumento de que a Convenção 132 da OIT exclui os feriados (art. 6º, I).

Discordamos desta posição. Primeiro, porque o art. 6º, I, da Convenção 132 não menciona dias úteis, e sim o não cômputo dos feriados. Logo, estão incluídos nas férias os domingos e dias de folga. Segundo, porque a CLT já concede férias de 30 dias, que é mais favorável que aquelas de três semanas referidas na Convenção 132. Pelos motivos acima, conclui-se que o art. 6º, I, da Convenção 132 da OIT, que exclui os feriados do cômputo do período de gozo de férias, não é aplicável aos

empregados brasileiros.

Não poderá a norma coletiva reduzir o número de dias de férias, na forma do art. 611-B, XI, da CLT.

O descanso de 30 dias é garantido apenas ao empregado que incorreu em até cinco faltas injustas no período aquisitivo, na forma do art. 130 da CLT, abaixo transcrito:

> Art. 130. Após cada período de 12 (doze) meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias, na seguinte proporção:
> I – 30 (trinta) dias corridos, quando não houver faltado ao serviço mais de 5 (cinco) vezes;
> II – 24 (vinte e quatro) dias corridos, quando houver tido de 6 (seis) a 14 (quatorze) faltas;
> III – 18 (dezoito) dias corridos, quando houver tido de 15 (quinze) a 23 (vinte e três) faltas;
> IV – 12 (doze) dias corridos, quando houver tido de 24 (vinte e quatro) a 32 (trinta e duas) faltas.

Podemos deduzir, portanto, que o empregado com mais de 32 faltas injustificadas ao trabalho, no período aquisitivo, perde o direito ao gozo de férias.

Especial é o caso do empregado doméstico (art. 3º da LC 150/2015) regido por contrato na modalidade de tempo parcial, cujo período máximo de férias é de 18 dias corridos e varia de acordo com a carga horária do contrato. A regra também existia para os empregados urbanos e rurais, contudo, foi revogado o art. 130-A da CLT pela Lei 13.467/2017.

4. AQUISIÇÃO DO DIREITO

O direito às férias é adquirido após **12 meses de vigência** do ajuste contratual, seja por prazo determinado ou indeterminado. Com isto verifica-se que o legislador preferiu computar o tempo de vigência, e não o período de efetivo serviço, inserindo na contagem, como regra geral, os períodos de interrupções e alguns casos de suspensões contratuais (arts. 4º, 130 e 133 da CLT).

Ao completar 12 meses de serviço o empregado passa a ter direito adquirido às férias (período aquisitivo), que devem ser usufruídas nos 12 meses subsequentes (período concessivo) à aquisição – art. 134 da CLT.

Logo, todo período concessivo de férias é computado para o próximo período aquisitivo.

A contagem **não** é feita por ano civil (de janeiro a dezembro), e sim por aniversário da data da admissão.

Este direito não é abalado quando o empregado é transferido, nem quando ocorre a sucessão.

Há dúvidas quanto à contagem das férias do empregado intermitente (arts. 452-A e seguintes da CLT), pois pode trabalhar alguns dias do mês e em outros não. Sugerimos o mesmo critério, a data de

aniversário da vigência do contrato.

O aviso prévio indenizado ou trabalhado também compõe a contagem do período aquisitivo, em face do comando contido no art. 487, § 1º, da CLT, que determina sua integração ao tempo de serviço.

As férias adquiridas serão sempre devidas, mesmo em caso de despedida por justa causa.

5. FÉRIAS PROPORCIONAIS

Para cada mês ou fração superior a 14 dias de trabalho (ou vigência do contrato) o empregado tem o direito a 1/12 de férias. Se esta fração atingir os 12/12, o direito está adquirido. Se o seu contrato extinguir antes de completar o ano, terá direito a férias proporcionais – parágrafo único do art. 146 da CLT.

No mesmo sentido a Convenção 132 da OIT, que dispõe que "um período mínimo poderá ser exigido para a obtenção de direito a um período de férias remuneradas anuais" – art. 5º, § 1º.

Todavia, a legislação brasileira é mais favorável quando exigiu apenas 15 dias de trabalho para a aquisição de 1/12 por mês trabalhado, enquanto a Convenção 132 da OIT menciona que "não deverá em caso algum ultrapassar seis meses".

Os domésticos também têm direito às férias proporcionais, como estabelece o artigo 17 da LC 150/2015.

Os intermitentes recebem as férias proporcionais + 1/3 ao fim de cada período trabalhado – art. 452-A, § 6º, da CLT.

5.1. Cabimento

As férias proporcionais não são devidas quando o empregado for demitido por justa causa (Súmula 171 do TST), e devidas pela metade em caso de culpa recíproca (Súmula 14 do TST). Nos demais casos de extinção do contrato de trabalho, qualquer que seja a causa, as férias proporcionais são devidas, salvo quando o empregado pedir demissão e contar com menos de 1 ano de casa. Em sentido contrário, a Súmula 261 do TST.

5.2. Pedido de demissão e justa causa

A redação contida nos arts. 146, parágrafo único, e 147, da CLT, é de clareza solar quando determina que as férias proporcionais não são devidas para os empregados demitidos por justa causa (Súmula 171 do TST).

Também cabe a interpretação no sentido de que o empregado que pede demissão e conte com menos de 1 ano de serviço, art. 147 da CLT, não tem direito às férias proporcionais. Aliás, neste sentido era a antiga redação da Súmula 261 do TST.

Esta interpretação estava pacificada na jurisprudência até a publicação do Decreto Promulgatório 3.197/99 (Convenção 132 da OIT), que, em seu art. 11, assim se refere:

> Toda pessoa empregada que tenha completado o período mínimo de serviço que pode ser exigido de acordo com o § 1º do art. 5º da Presente Convenção deverá ter direito, em caso de cessação da relação de emprego, ou a um período de férias remuneradas proporcional à duração do período de serviço pelo qual ela não gozou ainda tais férias, ou a uma indenização compensatória, ou a um crédito de férias equivalente.

Como a Convenção 132 da OIT não excepcionou os empregados que rompem seus contratos por sua iniciativa (pedido de demissão) o TST resolveu alterar a redação da Súmula 261 para estender a estes o direito às férias proporcionais, contrariando a redação da CLT.

Logo, segundo a nova redação da súmula mencionada, para aqueles que espontaneamente pedem demissão antes ou após 12 meses de vigência do ajuste, também está garantido tanto o direito às férias proporcionais quanto às vencidas (quando devidas).

Não concordamos com a tese, pois adotamos a teoria de que a lei brasileira (CLT) é mais favorável ao trabalhador sob o ponto de vista da teoria do conglobamento. Logo, prevalece o comando do art. 147 da CLT no sentido de que empregado que pede demissão com menos de um ano de emprego não tem direito às férias proporcionais.

A Constituição da OIT, em seu art. 19, § 8º, estabelece que havendo conflito entre a legislação interna de um país e uma convenção internacional, deve ser adotada a regra mais favorável ao trabalhador, isto é, que a convenção ratificada não alteraria as condições locais mais favoráveis ao trabalhador.

Para a análise da norma mais favorável, necessária é a prévia escolha de uma das teorias de comparação entre os ordenamentos: atomista, conglobamento ou intermediária.

De acordo com a posição majoritária, com a qual compartilhamos, a teoria do conglobamento é a que melhor soluciona a questão, pois não fraciona o instituto, nem onera demasiadamente o empregador em detrimento do intenso benefício ao trabalhador. Com isso, ao analisar a legislação trabalhista brasileira e a Convenção 132 da OIT, percebe-se que, no seu conjunto, a primeira é a mais benéfica ao trabalhador.

A Convenção 132 da OIT tem pontos menos favoráveis ao trabalhador, se comparados com os direitos previstos no Capítulo de férias da CLT, aqui arrolados:

a) férias proporcionais adquiridas com, pelo menos, seis meses de serviço (lei brasileira exige apenas 15 dias para cada 1/12 de férias proporcionais);
b) férias de, pelo menos, três semanas (lei brasileira, 30 dias consecutivos);
c) determina que o empregado que entra em gozo de férias deve receber, pelo menos, a sua

remuneração média – art. 7º, § 1º, da Convenção 132 da OIT (a lei brasileira determina que o pagamento das férias deve ser equivalente ao da época da concessão, incluídas as parcelas habitualmente pagas no período aquisitivo, tudo acrescido de 1/3 – logo, o terço constitucional é benefício a mais);

d) possibilita que acordo entre patrão e trabalhador estipule outra época de pagamento para as férias, que não seja de forma antecipada – art. 7º, § 2º, da Convenção 132 da OIT (a CLT determina que as férias devem ser pagas com, no máximo, dois dias de antecedência e não autoriza qualquer exceção);

e) autoriza que o acordo entre empregado e empregador fracione as férias em quantas partes forem, sem respeitar o limite mínimo de descanso para um dos períodos – art. 8º, § 2º, da Convenção 132 da OIT (a lei brasileira não aceita acordo entre as partes para fracionamento das férias fora das hipóteses previstas em lei);

f) autoriza que parte das férias, quando fracionadas, seja gozada nos 18 meses contados da aquisição – art. 9º, § 1º, da Convenção 132 da OIT (a lei brasileira limita o gozo de férias, fracionadas ou não, aos 12 meses subsequentes à aquisição);

g) permite que qualquer parte do período de férias que ultrapassar o mínimo estabelecido na Convenção (três semanas) poderá ser postergada com o consentimento do empregado, por um período além dos 18 meses acima mencionados – art. 9º, § 2º, da Convenção 132 da OIT (a lei brasileira determina que o gozo das férias, em sua totalidade – 30 dias, ocorra dentro do período concessivo, pena de pagamento em dobro);

h) considera nulo o acordo ou a renúncia ao período mínimo de férias previsto no art. 3º, § 3º, da Convenção da OIT (isto é, de três semanas) ou a conversão do gozo destas em pecúnia – art. 12 da Convenção 132 da OIT, deixando entender que para a parte excedente (uma semana ou sete dias) pode haver renúncia ao direito ou pagamento substitutivo (a CLT considera nulo qualquer ato de disposição do direito às férias ou ao seu gozo de 30 dias. Autoriza, entretanto, assim como a Convenção, que 1/3 das férias possa ser convertido em pecúnia – abono pecuniário).

Nesta esteira de raciocínio, percebe-se que o ponto nevrálgico da CLT (menos favorável), se comparado com os comandos da Convenção 132 da OIT, está na perda do direito às férias quando o empregado permanecer por mais de seis meses em auxílio doença (art. 133, IV, da CLT), já que o art. 5º, § 4º, da Convenção determina que as faltas ao trabalho decorrentes de doença não podem ser computadas como parte das férias anuais mínimas.

Ainda assim, nesta visão de conjunto, a legislação brasileira a respeito das férias é mais favorável ao empregado que a Convenção 132 da OIT, se analisada sob a visão atomista.

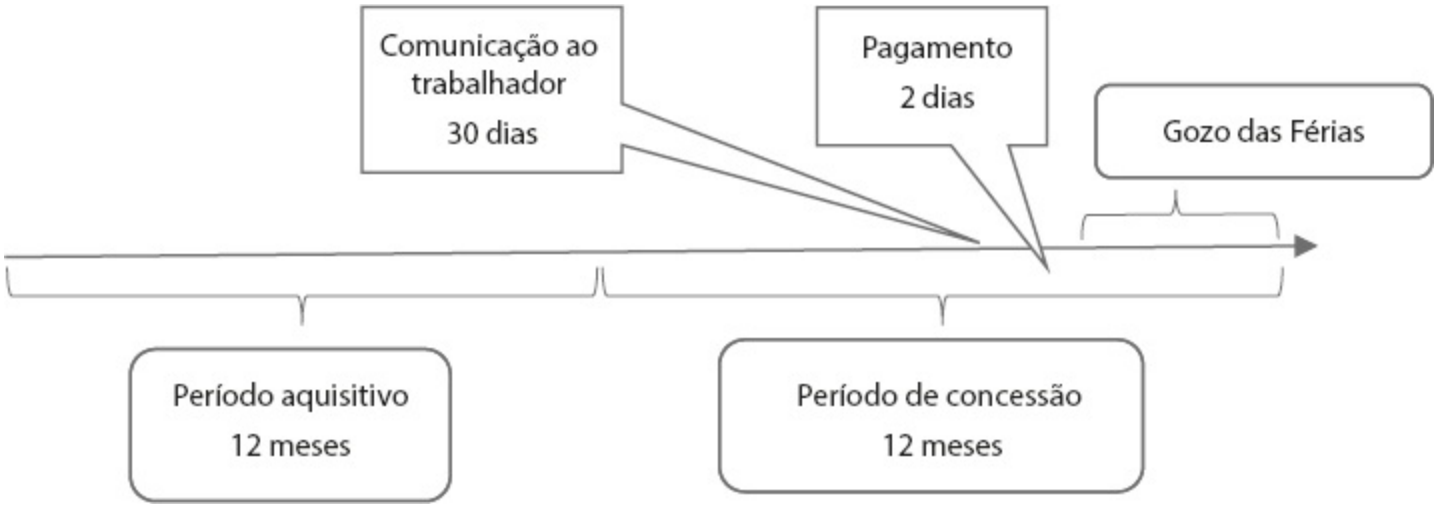
Ademais, a se pensar que todo empregado tem sempre direito às férias proporcionais, também

aquele que é demitido por justa causa teria direito.

Todavia, nossa jurisprudência, de forma paradoxal, não concede férias proporcionais ao despedido por justa causa, contrariando o disposto no art. 11 da Convenção 132 da OIT.

O mesmo se diga quando a terminação ocorre por culpa recíproca. O TST entendeu que nestes casos as férias proporcionais são devidas pela metade, sem que qualquer lei ampare este entendimento. Esta posição também conflita com a Convenção 132 da OIT, se analisada sob a visão atomista.

6. CONCESSÃO DAS FÉRIAS



6.1. Período de concessão

As férias serão concedidas por ato do empregador, no mês de sua escolha, num só período como regra geral, nos 12 meses subsequentes ao período aquisitivo, na forma do art. 134 da CLT. Será participada por escrito, com antecedência de, no mínimo, 30 dias (art. 135 da CLT) e o pagamento feito até dois dias antes do início do gozo (145 da CLT). As **microempresas** estão excluídas da regra prevista no art. 135 da CLT, na forma do art. 51, II, da Lei Complementar 123/06. A norma coletiva poderá mudar a data de pagamento das férias, de concessão, de comunicação e até o fracionamento, respeitando a Convenção 132 da OIT – art. 611-A c/c inciso XI do art. 611-B da CLT.

Para os membros de uma mesma família, que trabalhem para o mesmo empregador, o art. 136, § 1º, da CLT garante o direito a gozar férias no mesmo período, se assim desejarem e disto não resultar prejuízo ao trabalho.

O empregado estudante menor de 18 anos também tem o direito a fazer coincidir suas férias com as férias escolares. Portanto, estas são duas hipóteses de limitação ao direito de escolha do empregador quanto à ocasião de gozo das férias de seus empregados.

A partir da Lei 13.467/2017 é vedado o início das férias no período de dois dias que antecede feriado ou dia de folga semanal.

Se o empregador não outorgar férias no período da concessão o empregado poderá, na forma do art. 137, § 1º, da CLT, ajuizar reclamação trabalhista postulando a fixação judicial da época do gozo das férias. Trata-se de condenação do empregador em obrigação de fazer personalíssima, ensejando a fixação de pena pecuniária correspondente a 5% do salário mínimo da região – art. 137, § 2º, da CLT.

Entrementes, este comando é inócuo, muito pouco ou quase nunca aplicável na prática, pois o enorme tempo de demora de um processo judicial e a possibilidade de recurso não permitem ao juiz a indicação da data para fixação do gozo das férias, pois não sabe se haverá recurso ou não.

O ideal seria deferi-las por meio de uma tutela de evidência.

6.2. Forma de pagamento

A remuneração das férias será aquela da época da concessão ou da extinção do contrato, quando indenizadas (art. 142 da CLT c/c a Súmula 7 do TST). A regra geral acima é aplicada para os que percebem salário **fixo** mensal.

Assim, o valor das férias será o correspondente ao salário do mês do gozo, acrescido de 1/3 a título de abono constitucional.

Para os demais casos, a base é o período aquisitivo para cálculo das férias, salvo os **comissionistas**, conforme abaixo estudado.

Para os que recebem por hora trabalhada, com jornadas variáveis, apurar-se-á a média das horas trabalhadas do período aquisitivo aplicando-se o valor do salário-hora na data da concessão das férias (art. 142, § 1º, da CLT).

Quando o salário for pago por **peça** ou por **tarefa**, tomar-se-á por base a média da produção do período aquisitivo, aplicando-se o valor da tarefa na data da concessão (art. 142, § 2º, da CLT).

Para os que percebem salário **variável**, isto é, em percentagem ou comissão, a média duodecimal terá como base os 12 meses anteriores à concessão, e não os 12 meses do período aquisitivo – § 3º do art. 142 da CLT.

Todavia, a média duodecimal deverá ser feita de forma atualizada, isto é, apurando-se os valores já corrigidos monetariamente. Aliás, o § 6º do art. 142 da CLT, ao se referir a "adicional" em valor variável, determinou o cálculo pela média atualizada. Logo, o mesmo raciocínio deve ser feito em relação aos comissionistas – no mesmo sentido a Orientação Jurisprudencial 181 da SDI-I do TST.

Será computada na base de cálculo a média duodecimal das parcelas variáveis habitualmente percebidas pelo empregado no período aquisitivo, na forma do art. 142, § 5º, da CLT, que se somará ao fixo da época da concessão.

Da mesma forma, os **sobressalários** e **gorjetas** pagas com habitualidade devem ser incluídos, pela sua média duodecimal (período aquisitivo), no cálculo das férias – art. 457 da CLT e Súmula

354 do TST, salvo norma coletiva em sentido contrário.

Há quem defenda que as parcelas não habituais também podem ser incluídas para o cálculo de férias. Sustentam que o § 6º do art. 142 da CLT não exigiu o requisito da habitualidade para a integração. Todavia, a jurisprudência é pacífica em sentido contrário – Súmulas 24, 172, 226, 253, 264 etc. do TST.

As utilidades de natureza salarial também devem integrar o cálculo de férias, na forma do art. 458 da CLT.

Todavia, deve-se ter o cuidado de verificar, no caso concreto, se durante as férias o empregado continuou usufruindo do benefício, para que se evite o *bis in idem*. Assim, se o trabalhador desfrutou da casa (habitação) durante seu período de férias, isto significa que a utilidade *in natura* já foi integrada ao salário para cálculo das férias, restando apenas o cálculo do terço constitucional sobre esta parcela *in natura*.

6.3. Terço constitucional

A Constituição premia com um terço a mais a remuneração das férias (art. 7º, XVII, da CRFB). O terço incide tanto sobre as férias vencidas, quanto sobre as proporcionais, independentemente de se gozadas, indenizadas, se devidas em dobro ou de forma simples (Súmula 328 do TST).

O terço foi incluído pela Lei Maior de 1988. Com isso, somente após a vigência desta, o empregador é obrigado a pagar o acréscimo, mesmo para as férias já adquiridas e ainda não gozadas. Logo, se as férias foram adquiridas antes da Constituição, e o empregado não as usufruiu antes da Constituição, ou a rescisão ocorreu após, o trabalhador terá o direito ao terço constitucional previsto no art. 7º, XVII. Nesse sentido a Súmula 328 do TST.

Dúvida de relevo surge quando o empregador desrespeita uma ou mais regras da CLT ao dar férias. Como, por exemplo, quando concede férias sem pagá-las de forma antecipada (paga apenas no vencimento dos salários), ou sem o acréscimo pecuniário de 1/3 constitucional, ou, ainda, sem comunicá-las no prazo legal (até 30 dias antes do gozo).

Há jurisprudência no sentido de que tais requisitos são essenciais para a validade do ato de concessão das férias, sob o argumento de que o trabalhador que não foi avisado com a antecedência necessária não pode planejar suas férias, logo, não as usufruiu da forma devida; ou de que se não recebeu o pagamento antecipado não pode desfrutá-las da maneira mais adequada, pois estava sem dinheiro; ou se o empregado não recebeu o acréscimo de 1/3 não pode gozá-las da melhor forma, pois não teve a necessária quantia pecuniária para a diversão. Este é o entendimento da OJ 386 da SDI-I do TST.

Discordamos do entendimento acima.

A própria CLT considera, em seu art. 133, II e III, que o empregado que permaneceu por mais de 30 dias (logo, 31 dias já bastam) sem trabalhar, recebendo salário, perde o direito às férias

proporcionais, mesmo que a paralisação não tenha sido por ele causada. Em outro dispositivo, a CLT não concede férias ao empregado que tenha tido mais de 32 faltas no período aquisitivo (art. 130, IV, da CLT). Em ambos os casos, o legislador considerou que o empregado que já descansou, não tem direito às férias, mesmo não tendo sido comunicado com antecedência ou recebido o pagamento antecipado ou o acréscimo pecuniário.

Por todo o exposto, conclui-se que os requisitos acima mencionados não são essenciais. O desrespeito a eles acarreta infração administrativa, mas não torna nulo o benefício concedido (férias). Não se pode comparar o empregado que não usufruiu férias e, por isso, tem direito à remuneração dobrada, com aquele que as usufruiu (descansou), embora de forma irregular.

6.4. Concessão fora do prazo

Se o empregador conceder as férias fora do prazo previsto no art. 134 da CLT, a **remuneração** será devida em **dobro**, como informa o art. 137 da CLT. A dobra se refere à forma de pagamento, e não ao período de descanso. Não pode o empregado dispor deste direito porque irrenunciável, por se tratar de norma de ordem pública. O valor da remuneração será aquele da época da concessão ou da data da extinção do contrato. Se fração das férias for concedida, parte dentro do período concessivo e parte fora, serão pagos em dobro apenas os dias gozados após o período, e de forma simples os concedidos dentro do prazo (Súmula 81 do TST).

Em resumo, o empregador não pode deixar para o último dia do período concessivo para dar férias a seu empregado, pois, necessariamente, um dia recairá dentro do prazo, mas os demais 29 dias de férias irão invadir o mês subsequente, que já estará fora do período concessivo. O patrão que quiser protelar as férias de seu empregado deverá deixar para o último mês, e não para o último dia do período concessivo.

As férias concedidas após o período concessivo são devidas em dobro.

Alguns, em posição minoritária, defendem a tese de que a dobra é uma punição e, como tal, não se constitui em salário e, por isso, sobre ela não incidiria o terço constitucional.

Entendemos que apesar da **dobra** ter natureza **indenizatória**, por ser um tipo de punição, sobre ela deve incidir o terço constitucional, pois o valor desta indenização, por força de lei, deve corresponder ao dobro do valor que seria devido ao empregado se concedida à época. Em face de sua natureza indenizatória não incide FGTS e INSS na forma do Decreto 3.048/99, art. 214, § 9º, IV, c/c o art. 28, § 9º, *d*, da Lei 8.212/91 e art. 15, § 6º, da Lei 8.036/90. Assim também a jurisprudência.

Como já afirmado alhures, as férias indenizadas **não têm natureza salarial** – Orientação Jurisprudencial 195 da SDI-I do TST.

7. ÉPOCA DAS FÉRIAS

Conforme art. 136 da CLT, a época de gozo das férias será a que melhor convier ao empregador, já que é este quem corre todos os riscos do empreendimento porque dirige e administra a empresa. Em sentido contrário, o art. 10 da Convenção 132 da OIT (Decreto 3.197/99), o qual preconiza que o empregado pode indicar a época do seu período de férias.

É possível, se não houver prejuízo ao trabalho e se assim desejarem, os membros de uma família que trabalhem para o mesmo empregador usufruírem suas férias no mesmo período, conforme o art. 136, § 1º, da CLT.

Da mesma forma, tem o trabalhador menor de 18 anos o direito de fazer coincidir suas férias com o período de férias escolares (art. 136, § 2º, da CLT).

Em tais situações o legislador se preocupou mais com o menor e com a família que com os interesses do empreendimento.

8. FRACIONAMENTO DAS FÉRIAS

A CLT permite, em casos excepcionais, as partes convencionem o fracionamento das férias em até três períodos, um dos quais não poderá ser inferior a 14 dias corridos e os demais inferiores a 5 dias – art. 134, § 1º, da CLT. Havia exceção para os menores de 18 anos e maiores de 50 anos de idade, cujas férias deveriam ser sempre concedidas de uma só vez. Todavia, foi revogado o § 2º do art. 134 da CLT.

A LC 150/2015 autorizou o fracionamento das férias do empregado doméstico em dois períodos, um dos quais em período não inferior a 14 dias, independentemente da vontade do legislador.

9. PROIBIÇÃO DE TRABALHO PARA OUTRO EMPREGADOR

Reza o art. 138 da CLT que durante as férias o empregado não poderá prestar serviços a outro empregador, salvo se estiver obrigado a fazê-lo em virtude de contrato de trabalho pré-existente.

Portanto, a vedação de trabalho durante as férias se limita àqueles empregados que só possuem um emprego e que, durante as férias, procuram outro trabalho ou "bico". Para os que mantêm dois contratos de trabalhos simultâneos com empregadores distintos e não conseguem fazer coincidir os dois períodos de férias numa mesma época, não há óbice algum em usufruir as férias em períodos distintos, sendo permitido, nestes casos, que desfrute das férias em um dos empregos e no outro continue prestando serviços, pois o trabalhador estava vinculado por outro contrato de trabalho.

Quando possui apenas um emprego, tem o obreiro o dever de gozar suas férias sem prestar qualquer tipo de serviços a outro tomador, pois a finalidade deste benefício é exatamente o de repor as energias para revigorar a saúde mental e física do trabalhador (fator fisiológico). A este dever de usufruir as férias corresponde a obrigação de não trabalhar, seja para o próprio empregador seja para outra empresa.

Assim, não pode o empregado "vender" todas as suas férias para trabalhar para o empregador, mesmo que em atividade distinta, pois tal ato desnatura a finalidade das férias e se caracteriza em transação ilegal feita em fraude à lei. Ressalte-se que as férias configuram direito irrenunciável ante a natureza publicista do instituto.

Por outro lado, se o trabalhador descumprir a obrigação de gozar as férias e, sem o consentimento e conhecimento do empregador, prestar serviços a outro tomador neste período, o patrão, quando e se descobrir, poderá punir o trabalhador pela prática de ato faltoso.

10. COMUNICAÇÃO DAS FÉRIAS

A concessão das férias será comunicada por escrito ao trabalhador com antecedência mínima de 30 dias, na forma do art. 135, *caput*, da CLT.

Esta regra visou garantir ao trabalhador o direito de planejar suas férias, evitando que o tomador dos serviços comunique ao empregado no dia anterior, pegando-o desprevenido.

A concessão das férias deverá ser anotada na ficha de registro e na CTPS do trabalhador. Para tanto, o empregado deverá fornecer sua Carteira de Trabalho antes do período de gozo, sob pena de não usufruí-las enquanto não entregar o documento ao empregador para a respectiva anotação (art. 135 da CLT).

Apesar de a lei mencionar que o empregado não poderá entrar em gozo de férias sem que apresente ao empregador sua CTPS (art. 135, § 1º, da CLT), este requisito é da **prova** do ato (para provar o período de concessão, que é anotado na CTPS), e não de sua substância, pois se o empregado usufruir férias sem que tenha feito a entrega de sua CTPS ao patrão, o ato é válido e o trabalhador não poderá arguir sua torpeza em seu próprio benefício. Portanto, o comando contido no § 1º do art. 135 da CLT é mera recomendação.

Entendemos que no caso de comunicação do período concessivo de férias em prazo inferior a 30 dias, haverá apenas uma infração administrativa por parte do empregador, como acima fundamentado. De qualquer forma, há posição mais radical que defende o pagamento em dobro da remuneração relativa às férias para estes casos.

11. FÉRIAS COLETIVAS

As férias poderão ser concedidas a todos os empregados de uma mesma empresa ou de determinados estabelecimentos ou de alguns setores da empresa. Poderão ser concedidas de uma só vez, ou em dois períodos, neste caso, desde que nenhum deles seja inferior a 10 dias corridos. Inteligência do art. 139 da CLT.

Atenção

Surge uma questão em virtude do disposto no art. 139 da CLT:

Como fica a situação do empregado admitido em janeiro cujas férias coletivas de 30 dias da empresa são concedidas em julho do mesmo ano, se ele ainda não adquiriu o direito às férias?

Este trabalhador terá o direito de descansar os 30 dias concedidos pelo empregador, pois o estabelecimento estará fechado neste período.

No caso do exemplo, o trabalhador receberá pelo período de 15 dias de férias proporcionais, na forma do art. 140 da CLT, o correspondente a 6/12 + 1/3 de seu salário, que será pago de forma antecipada (dois dias antes do gozo – art. 145 da CLT), reiniciando, a partir daí, novo período aquisitivo, por quitada a proporcionalidade devida.

Por ter ficado à disposição os outros 15 dias, receberá o trabalhador o salário deste período, que poderá ser pago até o quinto dia útil do mês subsequente.

12. CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Havendo despedida imotivada, despedida indireta, pedido de demissão de empregados com mais de 1 ano de emprego ou terminação normal do contrato, morte do trabalhador, aposentadoria com extinção do contrato, ou fechamento da empresa, o trabalhador terá o direito de receber todas as férias vencidas, simples e dobradas, bem como as proporcionais, todas acrescidas de 1/3, que serão pagas quando da quitação dos direitos resilitórios (Súmula 328 do TST).

Assim, as **férias vencidas** são sempre devidas, independentemente do motivo da extinção do contrato (art. 146 da CLT), excepcionando-se, obviamente, os casos de nulidades contratuais (objeto ilícito, trabalho proibido etc.).

Os empregados demitidos por justa causa têm o direito às férias vencidas, simples e dobradas, mas perdem o direito às **férias proporcionais** (arts. 146, parágrafo único, e 147 da CLT).

Os trabalhadores, cujo término do contrato de trabalho ocorreu por culpa recíproca (Súmula 14 do TST), têm direito às férias proporcionais pela **metade**, enquanto aqueles que pedem demissão com menos de 1 ano de serviço, segundo a lei, não têm direito às férias proporcionais. Todavia, a Súmula 261 do TST está em sentido contrário, como exemplificado.

O art. 15, § 6º, da Lei 8.036/90 c/c o art. 214, § 9º, IV, do Decreto 3.048/99 considera as férias indenizadas, a dobra e o abono pecuniário (conversão do art. 143 da CLT) como parcelas de natureza indenizatória, não incidindo sobre elas a Previdência Social e o FGTS. No mesmo sentido a Orientação Jurisprudencial 195 da SDI-I do TST.

Todavia, para fins do art. 449 da CLT, as referidas parcelas devem ser equiparadas às de natureza salarial, para proteger o crédito trabalhista do empregado, na forma do art. 148 da CLT.

Quando concedidas, as férias se caracterizam como interrupção do contrato de trabalho, sendo computadas para todos os fins no tempo de serviço do empregado (art. 130, § 2º, da CLT). Porém,

quando indenizadas no término do contrato, não têm natureza salarial, nem são computadas como tempo de serviço.

13. ABONO DE FÉRIAS

De acordo com o art. 143 da CLT, o empregado poderá requerer que 1/3 de suas férias sejam convertidas em dinheiro. Esse direito também foi estendido ao empregado doméstico pela LC 150/2015 (art. 17, § 3º).

Assim, se o trabalhador tiver direito a 30 dias de férias, poderá usufruir 20 dias de repouso e "vender" 10 dias. Receberá o dinheiro correspondente a estes dez dias "vendidos" de forma antecipada, junto com as férias, além do salário pelos dias efetivamente trabalhados nestes mesmos 10 dias, este pago quando do pagamento do salário normal (até o quinto dia útil do mês subsequente).

Havendo requerimento tempestivo do empregado para conversão de 1/3 de suas férias em abono pecuniário, não poderá o empregador se recusar a "comprá-las", pois se trata de direito potestativo, cujo exercício depende apenas da vontade do declarante.

Apesar de se tratar de direito potestativo do empregado, esta regra não se aplica aos trabalhadores que gozam de férias coletivas, quando só estará o empregador obrigado ao pagamento do abono se a conversão for objeto de cláusula de acordo coletivo, na forma do art. 143, § 2º, da CLT.

Os empregados sob o regime de tempo parcial não podiam converter 1/3 do período de férias em abono pecuniário. Entrementes o § 3º do art. 143 da CLT foi revogado pela Lei 13.467/17.

O abono pecuniário não **tem natureza salarial**, como dispõe o art. 144 da CLT e, por isto, há controvérsias se sobre ele incide ou não o terço constitucional.

RSR E FERIADOS

1. FINALIDADE E VISÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO

O direito ao descanso semanal no sétimo dia teve sua origem entre os Hebreus, que costumavam descansar aos sábados, porque a Escritura Sagrada pregava que Deus descansou no sétimo dia, após criar o mundo. Mais tarde, o direito ao descanso semanal passou a fazer parte do Decálogo de Moisés, e, como domingo era o dia destinado à descida do Espírito Santo sobre os apóstolos, o descanso passou a recair aos domingos. Também era praxe entre os trabalhadores do campo as *mondinas*, que consistiam na interrupção do trabalho, a cada nove dias, a fim de que os agricultores pudessem ir a Roma fazer compras.

O descanso em dias de festas teve sua origem na antiguidade romana, quando comemoravam o início e o fim de uma colheita, ou aniversários, vitórias ou comemorações religiosas.

No Brasil a primeira lei a dispor sobre a obrigatoriedade da concessão do descanso semanal remunerado foi publicada em 1932 (Decreto 21.186, de 22/3/32), apesar do costume já ter imposto antes disto o descanso aos domingos e em festas religiosas.

A Constituição de 1934 foi a primeira a garantir o descanso semanal (mesmo que não remunerado), o que foi mantido pela Carta de 1937. Esta ampliou o repouso para os feriados civis e religiosos.

Inicialmente, a CLT (art. 67) previa a concessão do repouso semanal, mas este não era remunerado. Com o advento da Lei 605, de 1949, o repouso semanal passou, então, a ser remunerado.

Entretanto, a Carta de 1946, em seu art. 157, VI, estabeleceu a remuneração para os repousos assegurados pela Constituição anterior. A Constituição Federal de 1967 (art. 165, VII) e a Emenda Constitucional 01/69 mantiveram esse direito.

A Constituição de outubro de 1988, por sua vez, ratificou o disposto na Lei 605/49 para determinar a preferência do dia de domingo para o repouso semanal remunerado (art. 7º, XV).

Todo período de descanso, seja ele entre uma jornada e outra de trabalho, descanso intrajornada, semanal ou anual, tem a finalidade de proporcionar ao empregado uma folga para repor as energias gastas pela execução dos serviços (fator fisiológico), permitir a convivência do trabalhador com sua família e com a sociedade (fator social) e aumentar o rendimento, pois empregado descansado rende

mais (fator econômico).

2. NATUREZA JURÍDICA

O repouso hebdomadário remunerado é um **direito** do trabalhador e se caracteriza como interrupção do contrato de trabalho, pois mesmo sem trabalhar no dia de descanso o empregado recebe o salário correspondente ao dia de descanso, que é computado ao tempo de serviço.

Por ser medida de proteção à saúde do trabalhador o direito é irrenunciável.

3. DIREITO

Atualmente, a matéria é regulada simultaneamente pelos arts. 67 a 70 da CLT e pela Lei 605/49, que concedem a todos os empregados urbanos, rurais ou domésticos, o direito ao descanso semanal remunerado de 24 horas consecutivas, preferencialmente aos domingos e nos dias feriados civis e religiosos – art. 7º, XV, e parágrafo único, da CRFB.

Perderá o direito à remuneração do repouso, mas não ao descanso, o trabalhador que, na semana que antecedeu ao repouso, faltar ou se atrasar injustificadamente – art. 6º da Lei 605/49.

Apesar do direito ao descanso se estender aos rurais, para aqueles trabalhadores rurais que operarem também em regime de parceria, meação ou forma semelhante de participação na produção, não é garantido o direito à remuneração do repouso – art. 2º da Lei 605/49.

Além das 24 horas consecutivas de descanso, o trabalhador tem ainda o direito ao descanso de 11 horas entre um dia e outro de trabalho que não podem ser deduzidas do dia de descanso. Logo, entre um dia de trabalho e outro, permeado por um dia de descanso, o empregado terá o direito de descansar 35 horas (24 + 11) – Súmula 110 do TST.

A norma coletiva poderá prever de forma diversa a remuneração dos domingos e feriados trabalhados, a escala de revezamento para coincidência aos domingos, o acúmulo ou excecionais fracionamentos e até excluir o direito à remuneração aos feriados, pois este direito não está garantido na Constituição (art. 611-A, *caput* da CLT).

4. ATIVIDADES AUTORIZADAS A FUNCIONAR AOS DOMINGOS / ESCALA DE REVEZAMENTO

Deve o descanso coincidir com o domingo, no mesmo dia que a família, seus amigos e parentes descansam. É causa de dissolução dos laços familiares o trabalho no dia do descanso. Por isto, só por motivo de conveniência pública, necessidade imperiosa, exigência técnica, força maior ou para atender à realização de serviços inadiáveis, mediante autorização ministerial ou justificativa à autoridade regional (arts. 6º, 7º e 8º, *a*, do Decreto 27.048/49), poderá a atividade empresarial

funcionar aos domingos exigindo de seus empregados o trabalho nestes dias.

Neste caso, deve o empregador, conceder outro dia na semana para o descanso.

Para funcionamento aos feriados, as hipóteses são as mesmas, como expresso no art. 9º da Lei 605/49 c/c os arts. 6º a 8º do Decreto 27.048/49. Além disso, é possível a convenção coletiva autorizar o funcionamento dos estabelecimentos do comércio em geral nos dias feriados (art. 6º-A da Lei 10.101/2000).

Nestes casos, o domingo será trabalhado e o empregador concederá ao empregado outro dia de descanso, devendo haver uma escala de trabalho feita sob a forma de revezamento, para assegurar a continuidade do funcionamento da empresa e a folga do empregado (art. 6º do Decreto 27.048/49 e art. 67, parágrafo único, da CLT), de maneira que cada empregado possa, como regra geral, fazer coincidir um descanso com um domingo a cada sete semanas (art. 2º, *b*, da Portaria 417/66 do MTE – alterado pela Portaria 509/67), salvo quando se tratar de comércio em geral quando o descanso, em sistema de revezamento, deverá coincidir com um domingo a cada três semanas por mês (art. 6º, parágrafo único, da Lei 10.101/2000). As **mulheres** têm direito a um domingo a cada 15 dias (art. 386 da CLT).

A previsão de pagamento em dobro dos domingos trabalhados em caso de necessidade imperiosa (art. 8º, *b*, do Decreto 27.048/49), que depende de prévia autorização e ocorre de forma transitória, pode ser substituída pela folga compensatória. Apenas na hipótese de força maior temos o único caso em que o empregado pode trabalhar aos domingos sem autorização prévia do Ministério do Trabalho, não dispensada, contudo, a justificativa posterior feita pelo empregador, no caso previsto no art. 8º, *a*, do Decreto 27.048/49.

Mesmo estando autorizado a trabalhar excepcionalmente aos domingos, o operário terá, neste caso, direito à folga compensatória ou pagamento em dobro. Em posição oposta, há os que defendem que o empregado não terá direito à folga compensatória nem ao pagamento em dobro (apenas de forma simples).

Na semana em que o empregado tiver o direito de fazer coincidir sua folga com o domingo, não terá direito a duas folgas, isto é, uma no dia que habitualmente folga e outra no domingo escalado para o descanso. Nesta semana o descanso não será no sétimo dia exato. Ressalta-se, ainda, que a jurisprudência estende essa regra aos supermercados (mercado atacadista).

Entretanto, há quem advogue que o descanso aos domingos, para qualquer categoria, deve ocorrer uma vez por mês, todavia, não justificam a posição.

Discordamos, visto que a Portaria 417/66, após sofrer alteração pela Portaria nº 509/67, estabelece claramente o descanso de um domingo a cada sete semanas como regra geral para os homens.

Atenção

Há apenas quatro exceções:

- os **elencos teatrais** e congêneres (circos, atividades artísticas, esportivas etc.), que não necessitam de escala de revezamento – (art. 67, parágrafo único, da CLT c/c o art. 6º, § 2º, do Decreto 27.048/49);
- o **comércio**, que possui lei própria regulando o tema, a qual determina a periodicidade de um domingo a cada três semanas (Lei 10.101/2000, art. 6º, parágrafo único);
- as **mulheres** têm regramento específico no art. 386 da CLT, o qual determina que nas atividades autorizadas a funcionamento aos domingos a escala deverá ser quinzenal para coincidência da folga com o domingo;
- havendo trabalho aos domingos por necessidade de serviço, será organizada uma escala mensal de revezamento que favoreça um repouso dominical por mês para os **aeroviários** – art. 13 do Decreto 1.232/62.

A escala de revezamento deve ser de livre escolha do empregador, mas previamente organizada para que os empregados dela tomem conhecimento para se planejarem – art. 6º, § 2º, do Decreto 27.048/49.

Foi concedida permissão de funcionamento aos domingos e feriados às seguintes atividades mencionadas pelo Anexo do Decreto 27.048/49: serviços públicos e de transportes; a certas indústrias (alimentícias, água, energia, gás, esgotos, laticínios, frio industrial, distribuição de gelo, confecção de coroa de flores naturais, pastelarias, confeitaria, panificação etc.); a determinados comércios (alimentos como peixe, carnes frescas, frutas, verduras, aves e ovos, farmácias, barbearias, combustíveis, hotéis e similares, hospitais, casas de diversões, feiras livres, mercado [entendimento de que os supermercados também], transportes relativos a estes, porteiros, cabineiros de elevadores de edifícios residenciais etc.); a comunicações e empresas de comunicação e publicidade, de radiodifusão e de televisão, distribuidores de jornais e revista, educação e cultura, orquestras, ensino, instituições de culto religioso, biblioteca, museus, cinemas, funerárias e agropecuárias; ao comércio de artigos regionais, nas estâncias hidrominerais; ao comércio em geral; limpeza, portos, aeroportos, estradas, estações rodoviárias e ferroviárias. Cumpre esclarecer apenas que o rol é exemplificativo.

O art. 386 da CLT preconiza que na existência de trabalho aos domingos, a **mulher** terá direito à escala quinzenal para ter o descanso dominical.

O desrespeito à escala de revezamento, de forma que o empregado jamais possa fazer coincidir seu descanso semanal com um domingo a cada sete semanas não enseja o pagamento em dobro do domingo não usufruído, pois compensado. Isto é, houve o descanso de fato, apesar de em dia não coincidente com o da lei. A infração do empregador será meramente de ordem administrativa.

A jurisprudência, inclusive, aceita, por meio de norma coletiva, o estabelecimento do descanso em outro dia da semana que não o domingo, o que mostra que não é possível punir o empregador com o pagamento em dobro quando comprovado o repouso do trabalhador dentro da mesma semana.

Entendemos que a escala de revezamento não se aplica ao empregado doméstico, por incompatível a regra com a LC 150/2015.

Lembramos que a norma coletiva poderá regular a matéria de forma diversa estabelecendo a escala de revezamento que melhor atenda às necessidades dos acordantes ou convenentes, mesmo que desrespeite as regras acima estudadas.

5. TRABALHO EM DIA DE REPOUSO E FERIADO

Se não for concedido o descanso semanal ou a pausa no feriado, o empregador deverá conceder outro dia de folga para compensar. Se assim não o fizer, a remuneração do repouso ou do feriado não usufruído deverá ser paga em dobro (art. 9º da Lei 605/49 c/c o art. 6º, § 3º, do Decreto 27.048/49 c/c a Súmula 146 do TST c/c Súmula 461 do STF), salvo norma coletiva que determine outra forma de renumerar ou que exclua o direito à remuneração do feriado trabalhado ou não (art. 611-A, *caput*, da CLT).

Apesar de a lei não ser expressa em determinar o pagamento em dobro dos dias de repouso não compensados, a jurisprudência concedeu interpretação extensiva ao art. 9º da Lei 605/49.

Alguns defendem que o pagamento é em dobro, aí já computado o descanso embutido no salário, contrariando a Súmula 146 do TST. Na verdade, a dobra deve ser paga além do descanso remunerado já embutido no salário.

O mensalista, por exemplo, recebe seu salário por 30 dias, apesar de ter trabalhado 25 ou 26 dias e usufruído de quatro ou cinco domingos. Logo, estes dias não trabalhados já estão remunerados no salário.

Se trabalhados, as horas de labor nos domingos deverão ser remuneradas em dobro, isto é, com adicional de 100%.

Isto equivale a dizer que o trabalhador tem direito ao salário mensal (sem descontar os dias de descanso, no qual já estão embutidas as horas de repouso), bem como as horas de efetivo trabalho nestes dias em dobro, isto é, com acréscimo de 100%.

Concluindo: no total ele recebeu pelas horas trabalhadas no dia de folga três vezes (uma vez embutida no salário e duas vezes pagas em rubrica separada, pelo trabalho em dia de folga não compensada).

Nada mais justo, pois se o empregado que faz horas extras, após seu expediente normal de trabalho, as recebe com adicional de 50%, que dirá aquele que, em dia destinado ao descanso, trabalhar (o que acarreta o afastamento da família e despesas a mais com condução para ir e voltar do trabalho). Não seria justo que a hora extra trabalhada após o expediente, e menos nociva à saúde física e social, fosse remunerada de forma mais benéfica que o trabalho nos dias de folga não compensada.

Os empregados que trabalham no sistema de compensação 12x36, inclusive domésticos, têm remunerados os dias de repouso semanal e não têm direito ao feriado – parágrafo único do art. 59-A da CLT. Isto quer dizer que, se o dia feriado ou o domingo recair em dia de trabalho, o empregado não terá outra folga compensatória, nem pagamento em dobro. Por este motivo, superada está a Súmula 444 do TST (Lei 13.467/2017).

A Lei 13.103/2015 acresceu o art. 235-D à CLT para autorizar o fracionamento do repouso de 35 horas (24 + 11) para os **motoristas profissionais**[1] de longa distância, desde que usufrua o mínimo de 30 horas ininterruptas.

6. FERIADOS

O art. 70 da CLT estabelece que:

> **Art. 70.** Salvo o disposto nos arts. 68 e 69, é vedado o trabalho em dias feriados nacionais e feriados religiosos, nos termos da legislação própria (redação dada pelo Decreto-lei 229, de 28/2/1967).

Coube à Lei 605/49 determinar a remuneração dos feriados, já que a CLT não o fez, e apontar alguns feriados, deixando para as legislações posteriores a fixação dos demais.

A Lei 605/49, no art. 1º, garantiu o direito ao repouso remunerado nos dias feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local.

Por sua vez, os arts. 1º e 2º da Lei 9.093/95, que revogou o art. 11 da Lei 605/49, estabeleceram os feriados civis e religiosos como sendo:

> Art. 1º São feriados civis:
> I – os declarados em lei federal;
> II – a data magna do Estado fixada em lei estadual;
> III – os dias do início e do término do ano do centenário de fundação do Município, fixados em lei municipal (inciso incluído pela Lei 9.335, de 10/12/1996).
> Art. 2º São feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão.

São feriados nacionais: 1º de janeiro, 21 de abril, 1º de maio, 7 de setembro, 2 de novembro, 15 de novembro, 25 de dezembro – Lei 10.607/2000.

A mencionada lei não se referiu ao feriado de 12 de outubro, estabelecido pela Lei 6.802/80.

Concluindo: são feriados civis no Brasil: 1º de janeiro (Lei 662/49); 21 de abril (Lei

10.607/2002); 1º de maio (Lei 662/49); 7 de setembro (Lei 662/49); 15 de novembro (Lei 662/49); o dia de eleição geral no país (art. 380 da Lei 4.737/65 c/c o art. 77 da CRFB); a data magna do Estado, como fixada em lei estadual específica; e datas de início e término do ano do centenário do Município, de acordo com a legislação local.

São feriados religiosos: 12 de outubro (Nossa Senhora da Aparecida – Lei 6.802/80); sexta-feira da paixão (incluído no rol de no máximo quatro feriados religiosos declarados por lei municipal – Lei 9.093/95); 25 de dezembro (Natal – Lei 662/49); 2 de novembro (Finados – Lei 10.607/2002).

Convém ressaltar que o art. 2º da Lei 9.093/95 deixa o limite máximo de **quatro** feriados municipais de origem local, dentre eles a sexta-feira da paixão.

Não se deve confundir dias **festivos** com dias **feriados**. Apenas nestes o empregado tem direito ao repouso remunerado. São dias festivos, por exemplo, o dia da abolição da escravatura, da bandeira, do descobrimento do Brasil, os dias do carnaval etc. Ressalte-se que nenhum dos dias do carnaval é considerado feriado nacional.

São descansos **costumeiros**, decorrentes de uma tradição nacional, mas sem qualquer amparo legal, não estando, pois, o empregador obrigado a concedê-los.

Nesse sentido, a jurisprudência majoritária.

Os dias de feriados religiosos são os dias de guarda, declarados em lei municipal e estão limitados a 4 anuais, na forma do artigo 2º da Lei 9.093/95, aí incluída a sexta-feira da paixão. Desta forma, além do Natal, declarado feriado por outra lei (Lei 662/49) temos os seguintes feriados religiosos: *Corpus Christi* (lei municipal ou estadual), finados (lei federal), padroeiro da cidade (lei municipal) e sexta-feira da paixão (lei federal).

Resumo:

FERIADOS NACIONAIS
1º de janeiro – Confraternização Universal – Lei 662/49;
21 de abril – Tiradentes – Lei 10.607/2002;
1º de maio – Dia do Trabalho – Lei 662/49;
7 de setembro – Independência do Brasil – Lei 662/49;
12 de outubro – N. Sª Aparecida – Lei 6.802/80;
2 de novembro – Dia de Finados – Lei 10.607/2002;
15 de novembro – Proclamação da República – Lei 662/49;

25 de dezembro – Natal – Lei 662/49;
o dia em que se realizarem eleições gerais em todo o País – art. 380 da Lei 4.737/65.

FERIADOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS GERAIS – PARA TODOS OS ESTADOS/MUNICÍPIOS
Centenário da fundação do Município;
Data Magna do Estado;
Alguns Estados publicaram lei para tentar incluir a terça-feira de carnaval como feriado estadual, já que não há lei federal que o faça. Todavia, esta medida quando extrapolar o limite de quantidade de feriados imposto pela Lei 9.093/2005, será ilegal.

Como já mencionado, a norma coletiva poderá suprimir os feriados, trocar o dia, fracioná-lo, determinar remuneração de forma diversa da prevista em lei, de acordo com o art. 611-A, *caput* e inciso XI, da CLT

7. REMUNERAÇÃO DO REPOUSO SEMANAL

Conforme o art. 7º da Lei 605/49, a remuneração do repouso corresponderá:

a) para os que trabalham por dia, semana, quinzena ou mês, à de um dia de serviço, computadas a horas extraordinárias habitualmente prestadas;
b) para os que trabalham por hora, à de sua jornada normal de trabalho, computadas as horas extraordinárias habitualmente prestadas;
c) para o empregado por peça ou por tarefa, o equivalente ao salário correspondente às tarefas o peças feitas durante a semana, no horário normal de trabalho, dividido pelos dias de serviço efetivamente prestados ao empregador;
d) para o empregado em domicílio, o equivalente ao quociente da divisão por 6 (seis) da importância total da sua produção na semana.

O comissionista merece um estudo aprofundado.

7.1. Comissionistas

Apesar da alínea *c* não ter sido clara a respeito, a metodologia do cálculo ali previsto aplica-se analogicamente aos comissionistas, ainda que pracistas, conforme consagrado pela Súmula 27 do TST. Ressalte-se que a Súmula 201 do STF, que nega o direito ao RSR e feriados ao comissionista vendedor pracista, foi editada cronologicamente antes da Súmula do TST, quando ainda era controvertida a matéria. Hoje, os vendedores pracistas e qualquer outro trabalhador externo, têm direito à remuneração do repouso e dos feriados. Esta foi a intenção da lei, pois garante aos trabalhadores em domicílio, que são, por sua natureza, externos, o direito. Ademais, a redação originária do art. 62, *a*, da CLT era nesse sentido.

A remuneração do repouso dos comissionistas deverá corresponder a um dia de trabalho, para cada dia de folga ou feriado, e seu cálculo deverá ser feito da seguinte forma: divide-se o salário mensal pelo número de dias efetivamente trabalhados naquele mês (mês a mês, pois o número de dias trabalhados varia, assim como o valor das vendas efetuadas). O resultado deve ser multiplicado pelo número de domingos e feriados (se existirem). Este será o valor do repouso que deverá ser pago em rubrica separada.

[1] De acordo com o art. 235-D da CLT, “Nas viagens de longa distância com duração superior a 7 (sete) dias, o repouso semanal será de 24 (vinte e quatro) horas por semana ou fração trabalhada, sem prejuízo do intervalo de repouso diário de 11 (onze) horas, totalizando 35 (trinta e cinco) horas, usufruído no retorno do motorista à base (matriz ou filial) ou ao seu domicílio, salvo se a empresa oferecer condições adequadas para o efetivo gozo do referido repouso. § 1º É permitido o fracionamento do repouso semanal em 2 (dois) períodos, sendo um destes de, no mínimo, 30 (trinta) horas ininterruptas, a serem cumpridos na mesma semana e em continuidade a um período de repouso diário, que deverão ser usufruídos no retorno da viagem. § 2º A cumulatividade de descansos semanais em viagens de longa distância de que trata o caput fica limitada ao número de 3 (três) descansos consecutivos”.

SALÁRIO

1. SALÁRIO

1.1. Conceito

Salário é toda contraprestação ou vantagem em pecúnia ou em utilidade devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado, em virtude do contrato de trabalho. É o pagamento direto feito pelo empregador ao empregado pelos serviços prestados, pelo tempo à disposição ou quando a lei assim determinar (aviso prévio não trabalhado, 15 primeiros dias da doença etc.).

Pode ser fixo ou variável. Salário **fixo** é a contraprestação garantida e invariável, salvo faltas e atrasos do empregado. Salário **variável** ou **aleatório** é aquele cujo valor varia a cada mês, normalmente submetido à produção do trabalhador. Sua expressão monetária é diferente mês a mês.

O salário é devido não só pela execução do contrato de trabalho, mas também quando o empregado se encontra à disposição do empregador (art. 4º da CLT) ou durante as interrupções contratuais (férias, RSR, primeiros 15 dias da doença etc.).

2. REMUNERAÇÃO

2.1. Conceito

Remuneração é a soma do pagamento direto com o pagamento indireto, este último entendido como toda contraprestação paga por terceiros ao trabalhador, em virtude de um contrato de trabalho que este mantém com seu empregador.

Exemplo de pagamento indireto é a **gorjeta**, que apesar de não ter natureza salarial a CLT determina sua integração ao salário para fins de compor a remuneração do empregado, observando-se a Súmula 354 do TST.

Após a Lei 13.419/2017, apenas para os empregados de bares, hotéis, restaurantes e similares, o legislador distinguiu as gorjetas espontâneas das gorjetas **cobradas na nota**. Para as cobradas na nota o legislador autorizou os empregadores destes estabelecimentos a descontarem do valor das gorjetas o percentual determinado no § 14 do art. 457 da CLT, desde que autorizado em norma coletiva, e para as **gorjetas espontâneas** os critérios estabelecidos na norma coletiva, facultado o desconto na forma do § 14. Entendemos por "critérios estabelecidos" o valor aproximado da

arrecadação da gorjeta, muito conhecido como "estimativa de gorjeta".

Aliás, a norma coletiva poderá excluir a integração das gorjetas ao salário ou majorar tais percentuais, diante da amplitude de poderes concedidos pela Reforma Trabalhista para a negociação coletiva (art. 611-A, *caput* e IX, da CLT).

Apesar da CLT (art. 457) só ter mencionado a gorjeta como pagamento indireto, não excluiu outras espécies de pagamento de terceiro, quais sejam, as gueltas, as comissões, as gratificações, taxa de serviço, os prêmios, os pontos e as utilidades, desde que pagas por terceiros.

A gorjeta não é obrigação do empregador, e sim concessão espontânea de terceiro. Portanto, não tem as mesmas tutelas do salário, tais como a impenhorabilidade e a irredutibilidade. É protegida apenas pela integralidade, já que é espécie de doação (natureza jurídica) de terceiro ao empregado. O § 12 do art. 457 da CLT diz que a gorjeta não constitui receita própria dos empregados e destina-se aos trabalhadores, devendo ser distribuída segundo critérios de custeio e de rateio definidos pela norma coletiva.

Por isso, não poderá o empregador reter qualquer percentagem da gorjeta ou da paga de terceiro, salvo para os encargos trabalhistas e impostos e taxa de cartão de crédito, quando o cliente opta por incluí-las no cartão.

Todas as características e conceitos acima podem ser estendidos aos outros pagamentos de terceiros como o "ponto", a "guelta", as "comissões" pagas por terceiros, as "utilidades" fornecidas por terceiro etc.

Há quem distinga a **taxa de serviço** das **gorjetas**, ao argumento de que a primeira é cobrada pelos hotéis na diária correspondente ao serviço prestado pelo estabelecimento, apesar de ser destinada aos empregados e a segunda (gorjeta) pelo serviço do garçom (e equipe) ao cliente. A discussão hoje cai por terra diante da nova redação do § 3º do art. 457 da CLT, dado pela Lei 13.419/2017, que incluiu a expressão "serviço" no parágrafo mencionado.

Apesar de o legislador ter sido expresso a respeito da integração das gorjetas "para todos os fins", a jurisprudência abrandou estes efeitos, por entender excessivamente oneroso para o patrão. Assim, as parcelas pagas habitualmente por terceiros, como as gorjetas, gueltas, comissões, taxa de serviço etc., integram o salário para alguns fins, tais como férias, FGTS, 13º salário e INSS.

Na forma da Súmula 354 do TST as gorjetas não integram o adicional noturno, as horas extras, o repouso semanal remunerado e o aviso prévio. A súmula se baseou na interpretação literal das palavras utilizadas pelo legislador. Quando a lei se referir à remuneração como base de cálculo da parcela, o pagamento de terceiro integrará o salário. Quando a lei utilizar as expressões "salário" ou "dia normal de trabalho" ou "hora normal", a gorjeta não o integrará.

2.2. Elementos do salário

Além do salário básico (ou base) o empregado pode receber outras parcelas denominadas

sobressalários (gratificações, adicionais, percentagens etc.). **"Sobressalário"** significa o que é pago além do salário-base.

O sobressalário também é chamado, por alguns autores, de salário-condição, pois depende do implemento de uma condição legal ou contratual.

É comum o empregador utilizar as nomenclaturas que lhe beneficiam ou inventar outras além das aqui mencionadas. Normalmente isso acontece para sonegar ao trabalhador a devida integração, determinada pelo art. 457, § 1o, da CLT, já que barateia o custo da mão de obra. Caberá ao intérprete buscar, em cada caso, a real finalidade e o fato gerador do sobressalário efetivamente pago para, só então, enquadrá-lo em um dos aqui estudados. Isto quer dizer que a nomenclatura utilizada pelo patrão não tem, por si só, o condão de descaracterizar ou não a natureza salarial de uma parcela se, de fato, ela tem outra natureza. O exegeta deverá analisar cada caso cuidadosamente para fazer o correto enquadramento legal.

Estes elementos habitualmente integram o salário (complexo salarial) diante de sua natureza e são concedidos sob condição. Assim, quando o empregado preencher determinada hipótese estipulada pela lei ou pela vontade das partes, receberá o sobressalário ajustado ou determinado pela lei.

Lembramos que a partir da Lei 13.467/2017 (reforma trabalhista) vários parágrafos do art. 457 da CLT foram modificados retirando a natureza salarial de diversas parcelas. Além disso, a norma coletiva também poderá retirar a natureza salarial das parcelas vinculadas à produtividade ou por desempenho individual do empregado – art. 611-A, IX, da CLT ou qualquer outra, como gratificações e adicionais – art. 611-A, *caput*, da CLT, sem que isso retire direitos de terceiros (art. 611-B, XXIX, da CLT).

De acordo com a nova redação do art. 457 da CLT:

> **Art. 457.** Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.
> § 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e de função e as comissões pagas pelo empregador.
> § 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, limitadas a cinquenta por cento da remuneração mensal, o auxílio-alimentação, vedado o seu pagamento em dinheiro, as diárias para viagem e os prêmios não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de encargo trabalhista e previdenciário.

Enquanto o empregado receber a parcela de natureza salarial, esta integrará o salário (regra geral) para fins de projeção nas demais verbas, desde que habituais, salvo para projeção no FGTS,

que incide sobre a remuneração independente da habitualidade. Basta que tenha natureza salarial.

2.3. Breves comentários às modificações trazidas pela Lei 13.467/2017 ao art. 457 da CLT

O § 1º do art. 457 da CLT retira do texto legal as seguintes parcelas: abonos, diárias de viagem, percentagens e substitui a expressão "gratificações ajustadas" por "gratificações legais e de função".

Foi retirada a natureza salarial dos abonos e diárias de viagens pelo § 2º do mesmo artigo, ainda que as diárias sejam superiores a 50% do salário.

A percentagem é sinônimo de comissão, portanto, o legislador corretamente adequou o texto à técnica jurídica. Logo, nenhuma alteração quanto à natureza salarial das comissões (que é sinônimo de percentagem).

O legislador não incluiu as gratificações contratuais ou ajustadas, salvo a de função, no § 1º nem no § 2º do art. 457 da CLT, deixando, mais uma vez, a jurisprudência interpretar se elas continuam com natureza salarial ou se perderam com a reforma trabalhista. Defendemos a natureza salarial da gratificação, qualquer que seja sua finalidade, pois se desejasse excluí-la o legislador o teria feito expressamente como o fez com os abonos, prêmios, diárias de viagem etc., no § 2º deste artigo. O mesmo raciocínio pode ser aplicado aos adicionais.

A partir da Lei 13.467/2017, as **diárias de viagem**, mesmo que superiores a 50% do salário do empregado, deixam de ter natureza salarial. Correto o posicionamento do legislador, pois elas têm finalidade ressarcitória, isto é, de ressarcir as despesas com as viagens realizadas pelo empregado em viagem a trabalho.

Ainda que recebidos todos os meses ou habitualmente, não têm natureza salarial o **auxílio-alimentação**, prêmios e abonos. Dessa forma, não será mais necessária a adesão da empresa ao PAT para retirar a natureza salarial da alimentação, seja ela concedida in natura, como tíquete ou como vale-refeição. Apesar de o legislador ter apontado que é proibido o pagamento do auxílio-alimentação em dinheiro, caso o empregador o faça será válido o pagamento, pois constitui benesse para o empregado. Entretanto, terá natureza salarial, salvo norma coletiva em sentido contrário. Não se sabe ao certo o novo significado de "abono". Antes da alteração legislativa, abono significava adiantamento de reajuste salarial e este obviamente tem natureza salarial. Após a Lei 13.467/2017 não mais se tem o conceito de abono.

As ajudas de custo não tinham natureza salarial antes da alteração legislativa. A mudança trazida pela MP 808/2017 foi a de conceder natureza salarial para as ajudas de custo quando superiores a 50% da remuneração mensal do empregado. As **ajudas de custo** se destinam a ressarcir as despesas efetuadas pelo empregado em virtude de sua transferência (arts. 469 e 470 da CLT). Esta transferência normalmente é de iniciativa do patrão, ainda que bilateral e sempre importa em mudança de domicílio. Logo, por sua natureza ela é eventual no contrato. Todavia, de acordo com a

nova redação do § 2º do art. 457 da CLT, as ajudas de custo, ainda que **habituais**, não têm natureza salarial, salvo quando superiores a 50% da remuneração mensal. Ora, não são habituais as ajudas de custo. Teria o legislador dado outro conceito à expressão "ajuda de custo"? Aparentemente, as ajudas de custo a partir da Lei 13.467/2017 e da MP 808/2017 será toda e qualquer parcela paga a título de ressarcimentos de gastos com o trabalho, estejam estes relacionados com vestimentas, ferramentas, material etc. Sem qualquer lógica o legislador ter retirado a natureza das diárias de viagem quando superiores a 50% e ter dado natureza salarial às ajudas de custo, que também têm finalidade ressarcitória, quando superiores a 50% da remuneração do empregado.

Além das mudanças apresentadas, o legislador também apontou a não incorporação de tais parcelas ao contrato de trabalho, o que significa dizer que poderão ser suprimidas, constituindo exceção ao art. 468 da CLT.

Os §§ 2º e 22 do art. 457 da CLT retiram a natureza salarial dos prêmios e os considera mera liberalidade concedida pelo empregador ao empregado em forma bens, serviços ou em dinheiro, desde que pagos até duas vezes ao ano.

O legislador conceituou os **prêmios** como liberalidades do empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro pago em razão do desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades. Dessa forma, não terá natureza salarial apenas este tipo de prêmio, pois se previsto no contrato ou na norma interna não será liberalidade e, por isso, terá natureza salarial. Se pago mensalmente ou com periodicidade superior a duas vezes ao ano é porque remunera o desempenho ordinário e não extraordinário.

3. SALÁRIO-UTILIDADE

3.1. Conceito e requisitos

Utilidade é tudo que não é dinheiro, pecúnia. Cadeira, mesa, comida, combustível, máquina, casa, carro, plano de saúde, de previdência, vale ou bônus de pequena circulação, são exemplos de utilidades.

Os arts. 81 e 458 da CLT autorizam o pagamento de parte do salário em utilidades, determinando que, pelo menos, 30% seja pago em dinheiro.

Utilidade não se confunde com salário-utilidade (ou *in natura*).

A natureza salarial do benefício necessariamente importará na sua integração (soma) ao salário para fins de projeção em outras parcelas.

São requisitos concomitantes do salário-utilidade: a) concessão de uma utilidade; b) que a utilidade seja benéfica; c) que seja concedida de forma graciosa, habitual e fornecida pelos serviços prestados; d) que não haja lei retirando a natureza salarial da parcela.

a) Utilidade

O primeiro requisito é que a parcela seja concedida sob a forma de utilidade. Isto quer dizer que se o patrão paga a parcela "alimentação" em dinheiro, não será possível a análise se esta é concedida para ou pelo trabalho, se habitual ou eventual etc., pois todo pagamento em dinheiro submete-se à regra da CLT, isto é, normalmente tem natureza salarial, salvo quando a própria lei retirar sua feição retributiva. Parece que a Lei 13.467/2017 trouxe exceção a esta regra quando retirou a natureza salarial dos valores pagos a título de reembolso a medicamento, próteses, óculos, órteses, próteses e etc. – § 5º do art. 458 da CLT.

b) Utilidade benéfica

O fornecimento de bebidas alcoólicas, drogas, cigarros ou qualquer outro agente nocivo à saúde jamais constituirá salário-utilidade (art. 458, *caput*, *in fine*, da CLT). Nesse sentido a Súmula 367, II, do TST.

Portanto, mesmo que o empregado se sinta beneficiado com a concessão graciosa da utilidade, se ela proporcionar alguma nocividade à sua saúde física, mental ou social, não terá natureza salarial e poderá ser suprimida a qualquer momento. Assim, por exemplo, se o patrão conceder mensalmente caixas de cerveja, esta parcela não terá natureza salarial nem se incorporará ao contrato, podendo ser suprimida a qualquer momento.

c) Gratuidade, habitualidade e como forma de contraprestação pelos serviços prestados

O benefício concedido pelo empregador deve ser inteiramente gracioso para o empregado, por constituir vantagem para o trabalhador. Se sofrer qualquer desconto, desde que não seja desprezível (módico), será onerosa a utilidade, retirando sua natureza salarial.

A utilidade, para ter natureza salarial, deve ser concedida como forma de compensar o trabalhador pelos serviços prestados.

Assim, um benefício concedido como instrumento ou ferramenta de trabalho não se caracteriza como salário *in natura*, mas como mera utilidade, pois não foi fornecido como contraprestação (vantagem), e sim por necessidade.

Uniforme, ferramentas de trabalho, carro, computadores, *laptop*, mostruário, combustível etc., quando fornecidos para o empregado usar para trabalhar não são considerados como salário. Neste sentido também a Súmula 367, I, do TST.

Habitualidade significa repetição, que deve ser analisada como tudo aquilo que se repete por metade ou mais da metade de um período. Assim, se o intérprete quer saber se a utilidade é habitual para fins de projeção no 13º salário, deve-se analisar se a parcela *in natura* foi concedida por seis ou mais meses que antecedem dezembro (metade ou mais da metade do ano a que se refere aquela gratificação natalina). Se for para fins de projeção nas férias, metade ou mais da metade do período aquisitivo (seis ou mais meses do período aquisitivo, salvo para o comissionista, cujo período é o concessivo). Se for para fins de projeção no RSR, metade ou mais da metade de seis dias, isto é, três ou mais dias que antecedem o dia de folga. A análise deve ser feita a cada semana, a cada ano e a

cada período aquisitivo, conforme o caso.

d) Desde que não haja lei em contrário

As utilidades fornecidas ao empregado pela empresa representam uma economia em seus recursos financeiros e, portanto, um *plus* em seu salário, que deveria integrar o cálculo de vários institutos jurídicos. Entretanto, essa feição salarial dada às utilidades onera demasiadamente o empregador, desestimulando-o. Assim, o legislador, de forma correta, retirou o caráter de retribuição de algumas utilidades (vestuário, transporte ida e volta para o trabalho, instrumentos de trabalho, saúde, educação, previdência privada e seguro – art. 457, § 2º, da CLT e, após a Lei nº 13.467/17, o auxílio-alimentação, próteses, órteses e óculos). Deveria, na verdade, ter estendido a todas as utilidades, proibindo também o desconto no salário, de forma a não punir nenhuma das partes (empregado e empregador), o que ajudaria a reduzir os contrastes sociais, já que estimularia a concessão de benesses *in natura*.

3.2. Espécies e valor da utilidade

O salário mínimo representa (ou deveria representar) o valor das despesas diárias do trabalhador com alimentação, habitação, vestuário, higiene, transporte, educação, saúde, lazer e previdência social – art. 81 da CLT c/c art. 7º, IV, da CRFB. Cada uma destas prestações *in natura* que compõem o mínimo corresponde a um percentual, cuja soma equivale ao seu valor total (100%). O parágrafo único do art. 82 da CLT determina que o valor mínimo pago em dinheiro tem que corresponder a, pelo menos, 30% (trinta por cento) do salário mínimo fixado para a região, zona ou subzona.

"Os valores atribuídos às prestações fornecidas *in natura* deverão ser justos e razoáveis, não podendo exceder, em cada caso, os dos percentuais das parcelas componentes do salário mínimo" ou o real valor da utilidade – art. 458, § 1º, da CLT. Isto quer dizer que, quando a utilidade em estudo for uma daquelas prestações incluídas no salário mínimo, como acima descrito, deverá ser utilizado o percentual fixado para cada utilidade do mínimo. Este percentual, então, incidirá sobre o salário contratual do empregado. Assim, os valores variarão de acordo com o salário do empregado, mas os percentuais serão sempre os mesmos. Se o que se pretende integrar, por exemplo, é a habitação e esta corresponde a 25% do salário mínimo, o intérprete deverá utilizar-se do mesmo percentual e fazê-lo incidir sobre o salário base do empregado, limitado ao real valor da utilidade, pois não pode haver um enriquecimento sem causa. Da mesma forma entendeu o legislador quando acresceu o § 3º ao art. 458 CLT. O resultado obtido por esta fórmula servirá de base de cálculo para fins de projeção nas férias, trezenos, RSR, FGTS, INSS e parcelas resilitórias.

Na verdade, o empregado ganha o que não lhe foi descontado. Este foi o benefício que obteve, pois se era lícito ao empregador efetuar o desconto e se esse não o fez, quem ganhou foi o empregado na mesma proporção.

Utilizando-se da regra prevista no art. 458, § 1º, da CLT obtém-se valor justo e razoável da utilidade, que servirá tanto para fins de desconto, se assim desejar o empregador, como para fins de projeção, quando se caracterizar em salário-utilidade o benefício concedido.

Em sentido contrário, a Súmula 258 do TST, que recomendou o cálculo pelo real valor da utilidade, devendo-se respeitar os percentuais do salário mínimo apenas para aqueles empregados que recebem o mínimo.

Não concordamos com a tese adotada pelo Súmula 258 do TST, pois desta forma estar-se-ia, em contrapartida, facultando ao empregador o desconto no salário do empregado do real valor da utilidade. Também não foi essa a tese adotada pelo legislador quando fixou os percentuais para alimentação e habitação incidentes sobre o salário do empregado, mesmo que este ganhe mais que um salário mínimo – art. 458, § 3º, da CLT. Na verdade, a aplicação do Súmula 258 do TST se limita às prestações *in natura* que não estejam incluídas no salário mínimo.

3.3. Descontos

Como acima dito, o valor máximo que o patrão poderá descontar do seu empregado quando do fornecimento de uma utilidade é aquele correspondente ao percentual incidente sobre o salário mínimo para a mesma utilidade. Desta forma, se a habitação corresponde a 25% do salário mínimo este é o percentual máximo que poderá ser descontado ou projetado no caso de ter a utilidade natureza salarial. O percentual máximo incidente sobre o salário do trabalhador não pode resultar em valor superior ao da própria utilidade. Neste caso, prevalecerá o real valor da utilidade.

> **Ex.:** Empregador HHH fornece ao empregado A, que ganha um salário mínimo, habitação simples, mas bem localizada. Neste caso, o empregado poderá ser descontado de 25% de seu salário. Se a habitação se caracterizasse em salário-utilidade, teria este empregado uma projeção nas verbas intercorrentes e resilitórias de 25% a mais sobre o seu salário.

Por outro lado, o empregador HHH fornece ao empregado B, que ganha 100 salários mínimos, um imóvel modesto, de baixo valor de mercado. O real valor da locação do imóvel será inferior ao percentual que poderia ser descontado. Logo, não seria justo descontar 25% sobre o salário do empregado quando a própria utilidade vale menos em seu valor real.

O empregador pode descontar todas as utilidades que fornece, desde que o faça desde a admissão, pois se sempre concedeu de forma graciosa, não poderá mais alterar o contrato em prejuízo do empregado – art. 468 da CLT.

Alguns autores, em posição minoritária, defendem a tese de que as utilidades fornecidas pelo empregador como condição para o exercício do trabalho não podem ser descontadas, como por exemplo as ferramentas, uniformes e capacetes. Discordamos. Há dois tipos de utilidades fornecidas

como condição para o trabalho poder ser desenvolvido: a) aquelas fornecidas temporariamente para uso apenas durante o exercício do trabalho. Acabou o uso, devolve-se e outro empregado a utiliza; b) aquelas fornecidas de forma definitiva para o empregado. O empregado a leva para casa e pode dar uma destinação diversa daquela primitiva. No primeiro caso, de fato não poderia o empregador efetuar descontos, pois não pode cobrar por aquilo que não deu ao empregado, mas apenas "emprestou" para o exercício do próprio mister que exigiu. Outra situação é aquela em que, mesmo sendo condição para o trabalho, o empregador concede ferramenta nova, uniforme novo, equipamentos etc., para o empregado ser o proprietário destes. Nesta última situação, não está o empregador obrigado a fornecer o bem graciosamente ao empregado, salvo se a lei o obrigar a tanto. O intérprete, assim como o julgador, deve tomar os devidos cuidados para se evitar abusos do empregador ou o enriquecimento sem causa do empregado.

De qualquer sorte, o parágrafo único do art. 82 da CLT determina que, no mínimo, 30% do salário seja pago em dinheiro.

É vedado ao empregador doméstico efetuar descontos no salário do empregado **doméstico** por fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia (salvo quando mora em local diverso do trabalho), bem como por despesas com transporte, hospedagem e alimentação em caso de acompanhamento em viagem. Entretanto, é facultado ao empregador doméstico efetuar descontos no salário do empregado em caso de adiantamento salarial e, mediante acordo escrito entre as partes, para a inclusão do empregado em planos de assistência médico-hospitalar e odontológica, de seguro e de previdência privada, não podendo a dedução ultrapassar 20% (vinte por cento) do salário. (LC 150/2015, art. 18).

4. GRATIFICAÇÕES

Gratificação é o *plus* salarial pago pelo empregador para remunerar ou estimular o exercício de determinada situação, função, época especial ou para incentivo. É parcela espontânea, pois não prevista ou imposta por lei. Pode ser criada por contrato, por normas coletivas ou internas. Excepcionalmente, pode ser criada por lei (gratificação natalina ou décimo terceiro salário – Lei 4.090/62; gratificação do radialista que acumula função – art. 13 da Lei 6.615/78; do vendedor pracista quando acumula a função de vendedor com a de fiscalização ou inspeção – art. 8º da Lei 3.207/57).

É espécie do gênero **salário-condição**, pois é devida quando implementada a condição estabelecida na norma, no ajuste ou na lei. Exemplos: a) a convenção coletiva prevê o pagamento de anuênio (gratificação de tempo de serviço) a todos os empregados daquela categoria. Apenas aqueles que contarem com mais de um ano no mesmo empregador receberão o benefício; b) regulamento interno prevê gratificação de função aos chefes de departamento. Assim sendo, apenas os chefes de departamento, enquanto exercerem esta função, receberão a benesse.

Normalmente, a gratificação é utilizada para estimular o trabalhador. **Exs.:** Gratificação de assiduidade: paga apenas para os empregados pontuais e assíduos. Gratificação de quebra de caixa: destina-se a cobrir pequenas diferenças do caixa, compensando eventual prejuízo sofrido pelo empregado que exerce tal função.

Antes da Lei 13.467/2017 o § 1º do art. 457, da CLT, afirmava que apenas as "gratificações ***ajustadas***" integram ao salário. Todavia, a jurisprudência desprezou tal requisito ("ajustada"), determinando a integração quando paga com habitualidade ou periodicidade. Logo, tem natureza salarial, como regra geral.

Após a Lei 13.467/2017, o § 1º do art. 457 da CLT garantiu apenas a integração das gratificações legais e de função. Todavia, não retirou a natureza salarial das demais gratificações ajustadas no § 2º do mesmo artigo, deixando a questão a ser interpretada pela jurisprudência e doutrina. Entendemos que as gratificações periódicas ou habituais pagas pelo empregador por força do contrato, norma interna ou por mera liberalidade, continuam a ter natureza salarial, pois o legislador foi expresso quanto às parcelas sem natureza salarial.

4.1. Gratificação de função

A gratificação de função é criada **espontaneamente** (é um salário-condição), isto é, nenhum empregador está obrigado a pagá-la, salvo se assim ajustou por norma coletiva, interna ou por contrato. As únicas gratificações de função devidas por imposição legal estão previstas nos arts. 13 e 16 da Lei 6.615/78 (radialista quando acumula função) e no art. 8º da Lei 3.207/57 (vendedor pracista quando acumula com a função de inspetor ou fiscal).

Ressalte-se que o art. 224, § 2º, da CLT, não obriga os estabelecimentos bancários ao pagamento da gratificação de um terço do salário, apenas menciona que se houver o pagamento e o exercício simultâneo de cargo de confiança, o bancário estará enquadrado na jornada de oito horas, e não na regra geral dos bancários (seis horas). O mesmo ocorre no caso do art. 62, parágrafo único, da CLT, já que apenas informa que no caso de recebimento da gratificação (além do preenchimento de outros requisitos) ocorre o afastamento da regra geral (jornada) utilizada para os empregados.

A gratificação de função é condicionada ao exercício da função. Enquanto o empregado exercê-la, receberá o benefício. Quando deixar a função, a gratificação correspondente será suprimida. Normalmente é destinada àqueles empregados que exercem funções especiais ou de maior responsabilidade.

Também pode se destinar a incentivar, a gratificar e distribuir lucros.

A gratificação de função de confiança percebida por dez ou mais anos de serviço se incorporava ao contrato de trabalho e não podia ser suprimida, mesmo que o empregado deixasse de exercer a função gratificada neste período, salvo justo motivo (Súmula 372, I, do TST). O entendimento esposado pela jurisprudência não tinha amparo legal e foi alterado pela Lei 13.467/2017, que

acresceu o § 2º ao art. 468 da CLT.

O entendimento anterior era explicado porque o empregado que permanecia na função de confiança por muito tempo elevava seu padrão financeiro, seu status funcional, sua vida social e não se adaptaria mais ao salário inferior do cargo efetivo.

De qualquer forma, o empregador pode reverter o trabalhador ao cargo efetivo a qualquer momento e, a partir de 11.11.2017 (Lei 13.467/2017), poderá também expurgar a gratificação da função de confiança, mesmo que o empregado a tenha ocupado por mais de dez anos, desde que paga em rubrica própria para este fim – art. 468, parágrafo único, da CLT. Como não se adquire estabilidade na função de confiança, o empregador poderá "rebaixar" o empregado, mesmo após este período (art. 499 da CLT).

Em face de sua **natureza salarial** (art. 457, § 1º, da CLT), a gratificação de função integra o salário para todos os fins (férias, trezenos, FGTS + 40%), salvo para fins de RSR porque normalmente é parcela fixa ou percentual sobre o salário de empregado mensalista, quando já está embutido o dia de repouso. A gratificação de função serve de base de cálculo para as horas extras (Súmula 264 do TST).

O bancário que exerce função de confiança, que também recebe gratificação de função superior a um terço do salário, está enquadrado na jornada de oito horas, e não na regra geral (seis horas) – art. 224, § 2º, da CLT c/c as Súmulas 102, II e IV; 109; 239 e 240 do TST.

Se a norma coletiva dos bancários ordenar o pagamento de uma gratificação de função em valor superior ao estabelecido na lei, mas o empregador pagar apenas o terço legal ao bancário, o empregado não terá direito às sétima e oitava horas como extraordinárias, mas somente à diferença da gratificação. Nesse sentido a Súmula 102, VI, do TST. Isto se explica porque não houve infração à lei, e sim a uma norma de caráter privado.

A norma coletiva retira a natureza salarial de qualquer sobressalário, inclusive da gratificação.

4.2. Gratificação natalina ou 13º salário

A gratificação de natal surgiu da prática e do costume de presentear o empregado no final do ano. Com isso, a lei incorporou essa prática e instituiu o 13º salário, tornando-o compulsório.

A matéria é disciplinada pelas Leis 4.090/62 e 4.749/65, bem como pelo Decreto 57.155/65.

É devida ao empregado urbano, rural, doméstico, aos servidores públicos e aos trabalhadores avulsos.

É **compulsória** e de inquestionável **natureza salarial**, pois a lei é expressa neste sentido, quando utiliza a expressão "gratificação salarial", na parte final do art. 1º da Lei 4.090/62.

Só não é devida quando o direito ainda não estiver sido adquirido e o empregado for despedido por justa causa (art. 7º do Decreto 57.155/65) no ano. Considera-se adquirido o décimo terceiro

salário depois do dia 14 de dezembro de cada ano, mesmo que seja proporcional.

De qualquer forma, cumpre esclarecer que a despedida com justa causa não acarreta a perda de todos os trezenos proporcionais, mas apenas daquele correspondente ao ano em que ocorreu a resolução contratual.

> **Ex.:** O empregado trabalhou de fevereiro de 2005 a março de 2006, quando houve a dispensa por justa causa. Esse trabalhador terá direito ao 13º salário proporcional adquirido no exercício de 2005 (11/12), mas não terá direito a essa parcela referente ao ano de 2006, porque ainda não adquirido.

Nas demais modalidades de terminação do contrato, a gratificação é devida proporcionalmente (Súmula 157 do TST – também havia previsão nas canceladas Súmulas 2 e 3 do TST). No caso de extinção do contrato por culpa recíproca, de acordo com a nova redação da Súmula 14 do TST, o empregado tem direito a 50% do valor do décimo terceiro salário – aplicação analógica do art. 484 da CLT.

A cada mês ou fração superior a 14 dias o empregado terá direito a 1/12 do benefício (art. 1º, §§ 1º e 2º, da Lei 4.090/62), salvo se for despedido por justa causa antes de dezembro. Para os que recebem remuneração variável, deve ser feita a média duodecimal.

O décimo terceiro salário deve ser pago proporcionalmente pelo empregador nos 15 primeiros dias da doença, sendo o restante do valor de encargo da previdência (art. 60 da Lei 8.213/91).

Deve ser pago até o dia 20 de dezembro de cada ano e corresponde ao valor da remuneração devida em dezembro, compensado o valor recebido a título de adiantamento (art. 1º da Lei 4.749/65). Entre os meses de fevereiro e novembro de cada ano o patrão está obrigado a adiantar metade do valor correspondente devido no mês anterior (art. 2º, *caput*, da Lei 4.749/65), porém não precisa fazer esse pagamento para todos os empregados ao mesmo tempo (art. 2º, § 1º, da Lei 4.749/65). Se houver requerimento tempestivo do empregado para que o adiantamento seja feito junto com as férias (art. 2º, § 2º, da Lei 4.749/65) o empregador estará obrigado a fazê-lo. Considera-se requerimento tempestivo aquele formulado pelo empregado no mês de janeiro do ano correspondente.

Se o empregado faltar injustificadamente por mais de 14 dias dentro de um mês, perderá a fração correspondente a este (1/12).

Caso o empregado tenha recebido o **adiantamento** do 13º salário e seja demitido antes do término do exercício, de acordo com os arts. 1º e 3º da Lei 4.749/65, o empregador pode compensar total ou parcialmente o valor adiantado.

Sobre a gratificação natalina incide apenas o FGTS; ela não integra as demais parcelas, por eventual no ano. Entretanto, como o décimo terceiro salário é calculado sobre toda gama salarial, as

demais parcelas, quando pagas habitualmente, integram a remuneração para pagamento do trezeno (Súmulas 45; 60, I; 139 etc., do TST).

A norma coletiva poderá determinar o parcelamento do 13º salário de forma diversa da prevista em lei. Entretanto, não poderá reduzir seu valor ou suprimir a benesse – art. 611-B, V c/c art. 611-A, *caput*, da CLT.

5. ADICIONAIS

5.1. Conceito

O adicional também se constitui em um sobressalário e possui natureza salarial apesar da finalidade precípua de indenizar a nocividade causada pela situação a que o empregado estava exposto ou submetido. O trabalho em local insalubre, perigoso, noturno, extraordinário e a transferência do empregado para outra localidade são situações que acarretam algum tipo de dano à saúde social, biológica ou mental do empregado e, por isso, ensejam o pagamento do adicional. Na verdade, o empregador paga um *plus* em virtude do desconforto e da nocividade do trabalho.

São devidos apenas enquanto perdurar a situação. Cessada a causa da nocividade, cessa a obrigação legal do empregador em pagar o respectivo adicional. Entretanto, enquanto pago, integra (é somado) ao salário, em face de sua natureza salarial.

O adicional é compulsório, visto que o empregador deve pagá-lo em razão de dispositivo legal nesse sentido.

5.2. Tipos

5.2.1. Adicional noturno

O trabalho noturno tem remuneração superior ao diurno independentemente da atividade do empregador, se noturna, diurna ou mista e da atividade do empregado, se em turnos de revezamento ou não, pois há muito o art. 73 da CLT está derrogado (Súmulas 213 e 313 do STF). A antiga Súmula 130 do TST (cancelada) também previa que o regime de revezamento não exclui o direito ao adicional noturno.

A hora noturna é **reduzida** e ficticiamente computada como de 52’30” (cinquenta e dois minutos e trinta segundos) para algumas categorias. Explica-se esta benesse legal porque o trabalho noturno contraria o relógio biológico do ser humano e inverte-se ao costume da sociedade que, na sua maioria, trabalha de dia e descansa à noite. Também prejudica o convívio familiar e traz dificuldades de locomoção casa-trabalho e viceversa e para alimentação, pois à noite os transportes públicos se tornam irregulares e as casas de alimentação encerram suas atividades nos centros de trabalho mais cedo.

Ressalte-se que o intervalo intrajornada noturno **não** sofrerá redução, devendo ser respeitado o exposto no art. 71 da CLT.

Enquanto prestar serviço noturno terá o obreiro direito ao adicional noturno que, em face de sua natureza salarial, integrará o salário para todos os fins. Se, entrementes, o trabalhador deixar de exercer atividades noturnas perderá o direito ao adicional, mesmo que o tenha recebido por muitos anos (Súmula 265 TST). Isto **não** importa em alteração *in pejus* porque trabalhar à noite faz mal à saúde biológica e social do trabalhador. Logo, a transferência para o turno diurno importa em alteração benéfica do contrato de trabalho, mesmo acarretando a supressão do pagamento do respectivo adicional.

O pagamento do adicional não exclui o direito do empregado em ter reduzida a hora noturna para 52'30", porque esta é uma benesse suplementar (Súmula 214 do STF).

Cumprida integralmente a jornada noturna e havendo prorrogação no horário diurno, estas horas extras diurnas serão calculadas sobre a hora acrescida do adicional noturno, como se noturnas fossem (art. 73, § 5º, da CLT c/c a Súmula 60, II, do TST e OJ 388 da SDI-I do TST). Na hora extra noturna há o acúmulo dos dois adicionais. O adicional noturno corresponde a um percentual incidente sobre o salário, que variará, de acordo com o número de horas noturnas laboradas por mês. Não incide sobre o salário mensal, salvo se o empregado tem toda sua jornada mensal compreendida no período noturno.

Os domésticos passaram a ter direito ao adicional noturno a partir da LC 150/2015.

O percentual do adicional varia de acordo com algumas categorias, assim como a hora noturna e a reduzida:

Urbano e doméstico	adicional de 20% – hora noturna de 52'30" – horário – das 22 às 5h – art. 73 da CLT
Engenheiro	adicional de 25% – hora de 52'30"(*) – horário – das 22 às 5h (*) – art. 7º da Lei 4.950/66
Advogado	adicional 25% – hora de 52'30" (*) – horário – das 20 às 5h – art. 20 da Lei 8.906/94
Portuário	adicional 20% – hora noturna de 60' – horário noturno das 19 às 7h – OJ 60 da SDI-I do TST c/c o art. 7º, § 5º, da Lei 4.860/65
Trabalhadores no xisto e petróleo	adicional 20% – hora noturna 60' – horário das 22 às 5h – Súmula 112 do TST

Aeronauta	adicional 20% – hora 52’30” – horário para trabalho em terra – 22 às 5h[1] do horário local e em voo das 18 às 6h do fuso oficial da base – art. 39 da Lei 13.475/2017
Rural	pecuária: adicional de 25% – hora noturna de 60’(*) – horário – das 20h às 4h – art. 7º da Lei 5.889/73
Rural	agricultura: adicional 25% – hora noturna de 60’(*) – horário – das 21h às 5h – art. 7º da Lei 5.889/73

(*) Os itens em que consta este símbolo significa que a lei não se refere à hora noturna e/ou ao horário, podendo ser aplicada ou não a CLT.

A norma coletiva poderá modificar o horário noturno, determinar que a hora noturna é de 60 minutos e reduzir o adicional (art. 611-A, *caput*, da CLT).

5.2.2. Adicional de hora extra

O adicional de hora extra é devido quando o empregado labora além da jornada legal ou contratual. Também é devido quando não é concedido o intervalo intrajornada ou intervalo entre jornadas (Súmula 110 do TST). O tempo à disposição também pode ser considerado como trabalho extra e, se assim o for, terá o acréscimo de 50% (art. 4º da CLT).

Há uma tendência de se considerar o adicional de 50%, devido pela não concessão do intervalo intrajornada para repouso e alimentação como penalidade, que não se confunde com o adicional de hora extra em estudo, e, por isso, não teria a parcela natureza salarial, e sim indenizatória – art. 71, § 4º, da CLT. Para os defensores desta tese, é devido apenas o adicional, e não a hora acrescida do adicional, já que pena não se interpreta de forma ampliativa.

Entretanto, não concordamos com tal teoria, pois intervalo não concedido significa trabalho realizado em período de descanso, logo, tem que ser remunerado como se fosse trabalho extra. Sendo assim, não haverá *bis in idem* para o empregador quando o empregado laborar na hora do descanso e isto importar em acréscimo de horas trabalhadas no final do dia. A se pensar de outra forma o empregador pagaria duas vezes o mesmo intervalo trabalhado, o que é refutado pelo direito. Assim, se o empregado trabalhou na hora de intervalo e “compensou”, saindo mais cedo do serviço, não trabalhando além da jornada normal, receberá apenas 50% sobre a hora suprimida.

Alguns argumentam que nestes casos o pagamento deve compreender a hora extra em si, mesmo que ficta, além do respectivo adicional, pois a lei desejou sobrevalorizar esse tempo desrespeitado, por ser norma de medicina e segurança do trabalho.

Entrementes, a jurisprudência, consagrada pela Súmula 437 do TST, determina que deve ser pago

todo o período e não apenas a parte suprimida.

Valores:

- urbanos e rurais – 50%;
- advogado – 100% (art. 20, § 2º, da Lei 8.906/94);
- ferroviário – as quatro primeiras: 50%; a partir da 4ª hora extra: 75% (art. 241 da CLT);
- portuário – 100% pelo trabalho em feriado e intervalo intrajornada (art. 7º, § 5º, da Lei 4.860/65);
- norma coletiva ou ajuste contratual que estipule valor superior;
- trabalho aos domingos e feriados não compensados – 100% – Lei 605/49 e LC 150/2015;
- petroleiro – 100% – intervalo intrajornada trabalhado – art. 3º, II, da Lei 5.811/72.

5.2.3. Adicional de insalubridade e periculosidade

a) Insalubridade

O adicional de insalubridade é devido ao trabalhador que estiver exposto a situações nocivas à sua saúde, enquanto executar o serviço. Estas agressões podem ser causadas por agentes físicos, químicos ou biológicos. Para compensar o trabalho realizado nestas condições, o empregador deve pagar ao empregado adicional legal integral, independente do tempo que o empregado ficar exposto ao agente nocivo e é calculado sobre o salário mínimo (Súmula 17 do TST c/c Orientação Jurisprudencial 2 da SDI-I do TST (cancelada), ou sobre o salário profissional, quando este é devido ao empregado por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa (Súmula 17 do TST – cancelada), salvo no caso dos técnicos em radiologia, cujo percentual incidirá sobre o piso salarial desta categoria (art. 16 da Lei 7.394/85).

Alguns autores encampam a teoria da inconstitucionalidade da Súmula 17 do TST – hoje cancelada. De acordo com os defensores desta tese, o inc. IV do art. 7º da Lei Maior veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, pois, segundo estes doutrinadores, o constituinte originário teve o objetivo de impedir que o salário fosse usado como indexador para reajustes.

Com a edição da Súmula Vinculante nº 4 a matéria está praticamente pacificada.

Na verdade, a Suprema Corte tem defendido que a vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo ofende a Constituição da República e que não é possível o aproveitamento da norma, uma vez que contraria a literalidade do art. 7º, IV, da CRFB. Todavia, não admite que outro critério seja adotado pelo Judiciário. Sob este argumento, defende a aplicação temporária do art. 192 da CLT até que a lei altere a CLT para definir outro parâmetro para o cálculo do adicional de insalubridade (efeito modular futuro).

O adicional de insalubridade corresponde a: 10%, 20% ou 40% sobre o mínimo (art. 192 da CLT c/c Orientação Jurisprudencial 2 da SDI-I do TST, ora cancelada) ou sobre o salário

profissional, quando este é devido ao empregado por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa (Súmula 17 do TST – cancelada).

O adicional de insalubridade tem **natureza salarial**, conforme o entendimento do C. TST (Súmula 139), apesar da finalidade indenizatória.

Como corresponde a um percentual incidente sobre o salário mínimo, cujo valor é fixado por mês, porque remunera os 30 dias, conclui-se que o RSR já está embutido na paga. Da mesma forma, a OJ 103 da SDI-I do TST.

A hora extra deve ser calculada com a integração do adicional de insalubridade, conforme prevê a Orientação Jurisprudencial 47 da SDI-I do TST. Isto se explica porque a hora extra é laborada no mesmo local da hora comum, o que quer dizer que o empregado continua exposto ao agente agressivo. Como o adicional de insalubridade é calculado sobre o mínimo, e este remunera apenas as 220 horas mensais, se o empregado laborou além deste limite, tem direito a receber o adicional pelas horas extras que executou de fato. Por isso, o adicional constitui base de cálculo para as horas extras.

De acordo com a Súmula 47 do TST, a intermitência na prestação de serviços em local insalubre não afasta, só por esse motivo, o direito ao recebimento do adicional. Todavia, a Súmula deveria ter dito "de forma integral". Apesar de incompleta, este é o entendimento.

Se a concessão de EPI (equipamento de proteção individual) eliminar ou reduzir a nocividade, o empregado não terá mais direito ao adicional (Súmula 80 do TST). A simples concessão não representa a supressão do adicional de insalubridade (Súmula 289 do TST), pois poderá haver apenas a redução da nocividade enquanto o empregador deve tomar medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade.

Caso o empregador forneça o EPI e o empregado não o utilize, será devido o adicional, já que cabia ao patrão fiscalizar o trabalho. Se não o fez, irá suportar as consequências do ato. Por outro lado, o empregador poderá demitir o empregado por justa causa, por descumprimento da regra de medicina e segurança do trabalho.

Da mesma forma, se o empregado se recusar a utilizar o EPI, o empregador pode demiti-lo com justa causa, na forma do art. 158, parágrafo único, *b*, da CLT.

É proibido o trabalho em local insalubre do menor de 18 anos (art. 7º, XXXIII, da CRFB). A Lei 13.467/2017 alterou o art. 394-A da CLT e autorizou a gestante a trabalhar em local de insalubridade média e mínima, desde que expressamente autorizada por médico de sua escolha a trabalhar neste local. Para a lactante, trabalho insalubre, de qualquer grau, foi permitido, salvo se o médico recomendar seu afastamento.

O inciso XII do art. 611-A da CLT permite que a norma coletiva altere enquadramento do grau de insalubridade, desde que respeite as normas de medicina e segurança do trabalho, mas o inciso XVII do art. 611-B da CLT proíbe a norma coletiva de alterar, reduzir ou suprimir qualquer outra norma de medicina e segurança do trabalho.

b) Periculosidade

O adicional de periculosidade é devido ao empregado que trabalhe diretamente com inflamáveis, explosivos, eletricidade, roubos ou outras espécies de violência física e motociclistas (art. 193 da CLT c/c a OJ 324 da SDI-I do TST). A exposição **intermitente** do trabalhador ao perigo também não afasta o pagamento **integral** do adicional de periculosidade (Súmula 364, do TST c/c a Súmula 361 do TST).

O adicional de periculosidade será indevido quando o contato com a atividade perigosa for **eventual** ou mesmo habitual, se de forma extremamente reduzida.

Nesse sentido a Súmula 364, do TST.

Os trabalhadores **rurais** têm direito ao adicional de periculosidade desde que comprovada a sua exposição a estas atividades.

Os **portuários** (art. 14 da Lei 4.860/65) recebem o adicional de periculosidade proporcional ao tempo de exposição à atividade perigosa.

O adicional de periculosidade é **direito indisponível** do trabalhador, não podendo ser flexibilizado por norma coletiva. O adicional de periculosidade corresponde a 30% sobre o salário-base do empregado, excluído de qualquer outra vantagem (art. 193, § 1º, da CLT c/c Súmula 191 do TST). Para os eletricitários, o cálculo era feito sobre a totalidade das parcelas salariais – e não poderia, na época, a norma coletiva reduzir a base de cálculo – por esse motivo foi alterada a parte final do inciso II e incluído o inciso III à Súmula 191 do TST. O adicional de periculosidade tem natureza salarial e, por isso, integra o salário para todos os fins, inclusive para fins de cálculo do adicional noturno e da hora extra – Súmulas 63 e 132, I, da TST c/c a OJ 259 da SDI-I do TST.

Aliás, o art. 611-B, XVII, da CLT proíbe a norma coletiva reduzir ou suprimir direitos relacionados às normas de medicina e segurança do trabalho.

O **técnico em radiologia**, para quem entende que sua atividade é perigosa, terá adicional de 40% sobre o piso legal da categoria.

Conforme a inteligência do art. 193, § 2º, da CLT, caso o operário trabalhe em atividades insalubres e perigosas, deverá optar pelo recebimento de apenas um adicional. Absurda também esta regra, pois impede a cumulação de adicionais, como se acarretasse *bis in idem*.

São destinatários do adicional de insalubridade e periculosidade: os empregados rurais e os urbanos, bem como os trabalhadores avulsos – art. 7º, XXIII e XXXIV, da CRFB.

A Lei 12.740/2012 incluiu no inc. I do art. 193 da CLT a energia elétrica, incorporando no texto o direito antes concedido pela Lei 7.369/85.

Os **vigilantes** já vinham recebendo adicional de risco por força de norma coletiva. Como a parcela se destinava a indenizar a nocividade do trabalho, entendemos que é compensável tal parcela com o novo adicional de periculosidade criado pela CLT. Aliás, o § 3º do art. 193 da CLT autoriza

sejam descontados ou compensados do adicional criado outros da mesma natureza eventualmente já concedidos ao vigilante por meio de acordo coletivo.

Apenas os **motociclistas** que enfrentam as ruas têm direito ao adicional de periculosidade, pois se submetem a riscos diários para efetuarem entregas. Os que trabalham pilotando motonetas ou motocicletas em estacionamentos ou pátios privados não tem direito.

É proibido o trabalho em local perigoso do menor de 18 anos (art. 7º, XXXIII da CRFB).

5.2.4. Adicional de transferência

É devido apenas e enquanto perdurar a transferência do empregado para **localidade diversa** daquela contratada e desenvolvida, desde que importe necessariamente em mudança de domicílio e de localidade.

Logo, são requisitos para a aquisição do direito ao adicional de transferência:

a) transferência provisória, determinada pelo empregador, mesmo que bilateral (com a concordância do empregado);
b) mudança de localidade;
c) mudança de domicílio;
d) transferência por real necessidade de serviço.

Entende-se por transferência a determinada no art. 469 da CLT, isto é, quando de iniciativa do empregador, seja ela unilateral ou bilateral, desde que importe necessariamente em mudança de domicílio e de localidade. Se for a pedido do empregado, será um caso de remoção, não sendo devido o respectivo adicional.

Apesar da lei se referir ao domicílio, a doutrina e a jurisprudência majoritárias aceitam que a mudança seja de residência.

A mudança de **localidade** corresponde, segundo o TST, à mudança de Município ou região metropolitana, de acordo com o inc. X da Súmula 6 do TST.

Apesar da súmula se referir à equiparação salarial (art. 461 da CLT), conceitua localidade, mesma expressão utilizada no art. 469 da CLT. Logo, pode ser utilizada.

Discordamos do entendimento adotado pelo TST. Localidade hoje significa apenas Município, cujo conceito é preciso e de fácil identificação. O mesmo não ocorre com a identificação da região metropolitana que, além de ter conceito impreciso, cabe à lei estadual complementar dar seu contorno. Ocorre que algumas leis estaduais são alteradas constantemente para incluir Municípios. Ora, se a própria lei estadual não sabe identificar quais Municípios fazem parte de uma região metropolitana, quanto mais o julgador. Não pode ficar sob o crivo de cada exegeta a indicação se

este ou aquele Município faz ou não parte da região metropolitana, ainda mais porque o juiz não está obrigado a conhecer lei estadual – art. 376 do CPC.

O adicional de transferência corresponde a 25% do salário-base do empregado – art. 469, § 3º, da CLT. Todavia, há posição diversa que defende a incidência do adicional de 25% sobre o complexo salarial do empregado, já que o art. 469, § 3º, da CLT, menciona o termo no plural "dos salários", para mostrar sobre quais verbas incide o adicional. Para esta vertente o termo "dos salários" seria equivalente à remuneração. O adicional não é cumulativo a cada transferência. Enquanto permanecer transferido receberá o adicional fixo de 25%, mesmo que tenha sido transferido para diversas localidades diferentes sucessivamente. Quando a transferência se tornar definitiva, o empregador pode suprimir o pagamento do adicional.

Questão controvertida é se o **empregado de confiança** tem ou não direito ao adicional de transferência quando presentes os demais requisitos.

A discórdia surgiu pela interpretação do art. 469, § 1º, da CLT, porque só para transferências que decorram de real necessidade de serviço é que é devido o adicional e, segundo alguns operadores do Direito, o empregado de confiança pode ser transferido unilateralmente sem a alegada necessidade de serviço.

Outros chegaram a estender a controvérsia àqueles empregados cujos contratos contenham cláusula explícita e implícita de transferibilidade.

Apesar do conflito entre as opiniões, sempre defendemos que qualquer empregado, independente do grau de confiança, tem direito ao adicional de transferência quando presentes os requisitos previstos no art. 469 da CLT, porque se o legislador não discriminou os empregados de confiança, não poderia o intérprete fazê-lo. Ademais, o § 3º do art. 469 CLT é claro quando determina o pagamento do adicional em comento "independente das restrições do *artigo* (leia-se parágrafo) anterior".

Hoje a jurisprudência já pacificou o entendimento quando editou a OJ 113 da SDI-I do TST, dando aos empregados de confiança e àqueles cujos contratos contenham cláusula explícita ou implícita de transferência, que preencham os requisitos da transferência provisória, o direito ao adicional em estudo.

Saliente-se, ainda, que o empregado só pode ser transferido para localidade diversa da que resultar o contrato, que importe em mudança de Município e de residência, quando houver real necessidade de serviço, independentemente se esta é provisória ou definitiva, pois do contrário, haverá abuso do direito de transferência (Súmula 43 do TST) e o empregado poderá resistir a esta ordem ilegal ajuizando ação trabalhista para requerer a reversão da transferência por meio **da liminar** prevista no art. 659, IX, da CLT.

6. PRÊMIO

6.1. Conceito

Os prêmios têm a finalidade de recompensar o empregado. São instituídos em caráter de liberalidade para uma situação especial, não obrigando o empregador a repeti-la *ad futurum*. Se, entretanto, o empregador se obrigou ao pagamento ou à concessão de um benefício, de cunho pecuniário ou não, implementada a condição ajustada, não poderá negar o cumprimento da prestação. **Não têm natureza salarial**, porque a prestação é eventual, esporádica, condicional e limitada. Se for habitual, terá natureza salarial (Súmula 209 do STF), pois será verdadeira gratificação.

Após a Lei 13.467/2017, o § 2º do art. 457 da CLT expressamente retirou a natureza salarial do prêmio e autorizou a sua supressão, pois o legislador determinou sua não integração ao contrato.

De acordo com o § 22 do art. 457 da CLT:

> **Art. 457** (...)
> § 22. Consideram-se **prêmios** as liberalidades concedidas pelo empregador, até **duas vezes ao ano**, em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro, a empregado, grupo de empregados ou terceiros vinculados à sua atividade econômica em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades. (grifos nossos).

Do texto exposto, incluído pela Lei 13.467/2017, percebe-se que, além do seu caráter de **liberalidade**,[2] os prêmios são **eventuais**, porque só podem ser pagos até duas vezes por ano. Estão vinculados ao desempenho extraordinário, excepcional, incomum do empregado ou da equipe. Logo, para não ter natureza salarial, seu pagamento deve ser esporádico, eventual.

> **Ex.:** a) Prêmio jubileu – empregador se obriga temporariamente, mediante regulamento, a pagar 20 salários ao empregado que se aposentar e contar com mais de 10 anos de casa – não tem natureza salarial; b) PDV – empregador se obriga neste mês, por meio de uma circular interna, a conceder indenização equivalente a 100 salários aos empregados que aderirem ao programa de demissão voluntária – não tem natureza salarial.

O fato de o empregador rotular um pagamento como "prêmio-produção", "prêmio-assiduidade" ou "prêmio" por tempo de serviço, por exemplo, não acarreta a interpretação que estas parcelas não têm natureza salarial, pois contraprestacionam o trabalho executado ou o gratificam, e por isso, têm natureza salarial e não se caracterizam como prêmio *stricto sensu*, mas sim como gratificações – interpretação contida nas Súmulas 115, 121 (cancelada), 202, 203, 225 do TST etc., todas nominaram as referidas parcelas como gratificações, e não como prêmios.

7. AJUDA DE CUSTO E DIÁRIAS DE VIAGEM

As diárias de viagem **não têm natureza salarial**, pois se caracterizam como parcelas indenizatórias – § 2º do art. 457 da CLT.

As **ajudas de custo** se destinam a indenizar as despesas efetuadas pelo empregado em virtude de sua **transferência** – arts. 469 e 470 da CLT. Já as **diárias de viagem** se destinam ao ressarcimento das despesas decorrentes das viagens que o empregado realizou para execução do contrato. A Lei 13.467/2017 retirou a natureza salarial das diárias de viagem superiores a 50% do salário, revogando a regra anterior. Assim, está superada a Súmula 101 do TST.

Estranhamente a Lei 13.467/2017, ao modificar o § 2º do art. 457 da CLT, utilizou a expressão "ainda que habituais". As ajudas de custo não integram o salário e não se incorporam ao contrato. Ora, ou a reforma trabalhista deu um novo conceito às **ajudas de custo** ou houve algum erro no mencionado artigo. Se as ajudas de custo são parcelas que podem ser habituais, elas não se destinam ao ressarcimento das despesas com a transferência do empregado, pois esta é esporádica, eventual. Desta forma, a nova ajuda de custo, mencionada pelo § 2º do art. 457 da CLT deve ser entendida como pagamentos feitos pelo patrão a título de ressarcimento de despesas com o trabalho, como vestimentas, ferramentas, equipamentos etc. Neste sentido foi que a MP 808/2017 garantiu a natureza salarial quando superiores a 50% da remuneração mensal do empregado.

[1] O período de tempo de voo realizado entre as 18 (dezoito) horas de um dia e as 6 (seis) horas do dia seguinte, considerado o fuso horário oficial da base contratual do tripulante – art. 39 da Lei 13.475/2017.

[2] Liberalidade quer dizer que espontaneamente concedeu a benesse, apesar de não estar obrigado por lei, contrato ou norma coletiva. Logo, o patrão que concedeu algumas vezes um prêmio não está obrigado a continuar concedendo, salvo se se obrigou a tanto por contrato ou norma coletiva.

DANO EXTRAPATRIMONIAL OU MORAL

1. CONCEITO DE DANO

De acordo com os arts. 186 e 927 do CC, todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, está obrigado a repará-lo.

Para Sérgio Cavalieri[1] "é o resultado de uma ação ou omissão, não estribada em exercício regular de um direito, em que o agente causa prejuízo ou viola direito de outrem, por culpa ou dolo".

2. INDENIZAÇÃO – REQUISITOS

Os requisitos para o direito à indenização de dano (seja patrimonial ou não patrimonial) são: a) dano; b) ato ilícito, abusivo ou atividade de risco[2] (responsabilidade objetiva); c) nexo causal.

2.1. Dano

O dano é o fato gerador da responsabilidade de pagamento de indenização ou de reparação. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Mesmo que o agente pratique conduta culposa ou dolosa, viole a lei ou abuse de direito, se não causar dano não há que se cogitar em responsabilidade de reparação. Se, por exemplo, o empregador não conserva a máquina e mesmo assim nenhum acidente de trabalho ocorre, não há o que indenizar. Indenização sem dano acarreta enriquecimento ilícito. Assim, o prejuízo ou dano não é apenas o fato gerador, mas também determinante do dever de indenizar.

Dano é a violação de um bem juridicamente tutelado pelo direito, seja ele patrimonial ou não patrimonial.

2.2. Ato Ilícito

De acordo com o art. 927 do Código Civil:

> **Art. 927.** Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Isto quer dizer que se houver dano sem que o ofensor tenha praticado ato ilícito ou abuso de direito, não haverá obrigação de reparação, salvo nos casos do parágrafo único acima citado.

O empregador que demite o empregado, sem justa causa, lhe causa dano, pois o trabalhador ficará sem renda para sobreviver. Entretanto, a despedida é direito potestativo do empregador, e, por isso, o empregado não terá nenhum direito (moral ou patrimonial) além das verbas decorrentes da despedida.

Também não tem direito à indenização se o acidente de trabalho ocorreu por culpa exclusiva do empregado.[3] Isto se explica porque neste caso o patrão não praticou qualquer ato ilícito ou abusivo. Se, todavia, os dois concorreram com culpa ou dolo, a reparação deve ser reduzida e proporcional à culpa de cada um.

2.3. Nexo Causal

Para que o dever de indenizar recaia sobre o patrão, mister que exista uma relação de causa e efeito entre a conduta por ele praticada ou a atividade desenvolvida pela empresa ou por seu empregado e o resultado. Se a atividade é de risco, se o patrão pratica ato ilegal ou abusivo, mas não causa dano algum ao empregado, não haverá dever de indenizar.

O nexo causal é o vínculo existente entre o dano e o ato praticado pelo empregador ou pela atividade de risco.

Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido (art. 13 do CP).

3. DANO MORAL OU EXTRAPATRIMONIAL

Desde a Constituição de 1988, o dano moral ou **extrapatrimonial** não está mais atrelado apenas à dor, tristeza, sofrimento humano. A doutrina e a jurisprudência evoluíram para abraçar também a violação ao nome, à imagem, à voz, à estética. Abandonou-se, com isso, a ideia de que só sofre dano moral a pessoa natural ou o indivíduo, para atingir também a coletividade ou a pessoa jurídica (Súmula 227 do STJ).

Aliás, o art. 223-D da CLT, acrescido pela Lei 13.467/2017, expressamente autoriza a reparação de dano extrapatrimonial decorrente da imagem, da marca, do nome, do segredo empresarial e do sigilo da correspondência da **pessoa jurídica**, assim como da **etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física** da **pessoa natural** (art. 223-C da CLT). Aparentemente o art.

223-B da CLT excluiu a **coletividade** como sujeito de direito, pois afirmou que a pessoa física e jurídica "são as titulares **exclusivas** do direito à **reparação**". Logo, apenas estas poderão pleitear a respectiva indenização pelo dano extrapatrimonial.

4. CONCEITO

Segundo Savatier,[4] o conceito de dano moral corresponde a "todo sofrimento humano que não resulta de uma perda pecuniária", isto é, são lesões causadas por terceiros estranhas ao patrimônio, de difícil mensuração pecuniária.

João de Lima Teixeira[5] conceitua o dano moral como "o sofrimento humano provocado por ato ilícito de terceiros que molesta bens imateriais ou magoa valores íntimos da pessoa".

Sérgio Cavalieri[6] acrescenta que qualquer agressão à dignidade pessoal que lesiona a honra constitui dano moral. Valores como a liberdade, inteligência, trabalho, honestidade, "aceitos pelo homem comum, formam a realidade axiológica a que todos estamos sujeitos".

Apesar de os autores acima não mencionarem a pessoa jurídica em seus conceitos, a doutrina e a jurisprudência defendiam que a pessoa jurídica também podia sofrer dano moral, por aplicação do art. 52 do Código Civil – Súmula nº 227 do STJ. Na área trabalhista podemos citar como defensores da tese Arnaldo Süssekind,[7] Pinho Pedreira[8] e João Lima Teixeira.[9] Concordávmos com eles. Entretanto, após a Lei 13.467/17 a celeuma caiu por terra. Isso porque o art. 223-D da CLT expressamente menciona a pessoa jurídica como titular de bens imateriais passíveis de reparação extrapatrimonial e permite sua cumulação com o dano patrimonial.

O Código de Defesa do Consumidor, no art. 6º, VI, afirma que o consumidor tem direito ao dano moral e, no *caput* do art. 2º, estabelece que o consumidor pode ser pessoa jurídica ou física. Com isso, este diploma legal também admite o dano moral em face da pessoa jurídica.

Preferimos adotar o seguinte conceito de dano moral: **é o resultado de uma ação, omissão ou decorrente de uma atividade de risco que causa lesão ou magoa bens ou direitos da pessoa, ligados à esfera jurídica do sujeito de direito (pessoa física, pessoa jurídica, coletividade[10] etc.). É o que atinge o patrimônio ideal da pessoa ou do sujeito de direito.**

O maior patrimônio ideal do trabalhador é a sua capacidade laborativa, que deriva da reputação conquistada no mercado, do profissionalismo, da dedicação, da produção, da assiduidade, da capacidade etc. Nesta linha de raciocínio, é de se considerar ato lesivo à moral do empregado todo aquele que afete o indivíduo para a vida profissional, insultando, de forma leviana, a imagem profissional do empregado, impedindo sua ocupação profissional no mercado etc.

Dessa forma, excede o patrão que pratica os seguintes atos: não dar trabalho ao empregado no curso do contrato, obrigando-o a manter-se à mesa, à espera de serviço, enquanto os demais empregados o observam; diminuir a capacidade laborativa do empregado por meio de comentários

maliciosos, divulgações, notas e publicações com caricaturas, xingamentos, apelidos; dispensar o empregado por furto, roubo, desfalque etc., divulgando tais informações e imprimindo no trabalhador a estampa de ímprobo; impedir nova colocação de empregado faltoso difundindo o ato que praticou para outras empresas, de forma que ninguém queira contratá-lo. Também é abusivo o empregador lançar dúvidas sobre o empregado, seja durante o contrato, antes (pré-contratual) ou na ruptura, a pecha ou descrédito sobre honestidade, moralidade, competência, diligência e responsabilidade no exercício das atribuições profissionais.

Também são exemplos de práticas que causam dano moral: o empregador que agride oralmente seu empregado ou o xinga; que explora sua imagem de forma pejorativa; que expõe o empregado à situação vexatória; que espia sua intimidade nos lavatórios e vestuários situados no local de trabalho; que tece maliciosos comentários a respeito do obreiro ou o expõe ao ridículo; que o deixa sem trabalho por longo período, humilhando-o; que anota na CTPS conduta que desabone o trabalhador ou que divulgue ou publique ato desabonador, mesmo que verdadeiro. As práticas danosas são tantas que é impossível enumerá-las. Apesar dos nossos exemplos, a partir da Lei 13.467/2017 a matéria não é tão pacífica como apontado, pois alguns autores defenderão a taxatividade das lesões extrapatrimonais para fins de indenização.

A tese da **taxatividade** dos bens imateriais que podem ser indenizados quando atingidos também é injusta. Basta analisar o art. 223-C da CLT, que, ao relacionar os bens imateriais, esqueceu da privacidade. Ora, se o trabalhador teve sua privacidade violada, não poderá ser indenizado por isso por que a lei não a mencionou? Ressalto que o inciso X do art. 5º da Constituição menciona expressamente o direito de indenização pela violação da privacidade, logo, não pode a lei (CLT) infraconstitucional limitar sua aplicação. Defendo, por isso, a não taxatividade dos bens imateriais, seja para a pessoa física, seja para a jurídica. Entretanto, a matéria é nova e muitos defenderão a posição oposta.

De acordo com os arts. 223-A e seguintes da CLT:

> Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título. (Artigo incluído pela Lei 13.467/2017.)
> Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação. (Artigo incluído pela Lei 13.467/2017.)
> Art. 223-C. A etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural.” (NR)
> Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica. (Artigo incluído pela Lei

13.467/2017.)
Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão. (Artigo incluído pela Lei 13.467/2017.)
Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo. (Artigo incluído pela Lei 13.467/2017.)
§ 1.º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.
§ 2.º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.
Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: (Artigo incluído pela Lei 13.467/2017.)
I – a natureza do bem jurídico tutelado;
II – a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
III – a possibilidade de superação física ou psicológica;
IV – os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
V – a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
VI – as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
VII – o grau de dolo ou culpa;
VIII – a ocorrência de retratação espontânea;
IX – o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
X – o perdão, tácito ou expresso;
XI – a situação social e econômica das partes envolvidas;
XII – o grau de publicidade da ofensa.
§ 1.º Ao julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:
I – para ofensa de natureza leve - até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;
II – para ofensa de natureza média - até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.
III – para ofensa de natureza grave - até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;
IV – para ofensa de natureza gravíssima – até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.
§ 2.º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos

mesmos parâmetros estabelecidos no § 1.º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência de quaisquer das partes, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

§ 4º Para fins do disposto no § 3º, a reincidência ocorrerá se ofensa idêntica ocorrer no prazo de até dois anos, contado do trânsito em julgado da decisão condenatória.

§ 5º Os parâmetros estabelecidos no § 1º não se aplicam aos danos extrapatrimoniais decorrentes de morte." (NR)

Finalmente o dano extrapatrimonial trabalhista, também chamado de dano moral trabalhista, foi regulamentado pelos arts. 223-A e seguintes da CLT.

A expressão "apenas" contida no *caput* do art. 223-A da CLT deixa clara a intenção do legislador da não aplicação de outras normas de mesma hierarquia acerca do dano extrapatrimonial trabalhista. Por esse motivo, a reparação de dano decorrente de responsabilidade objetiva, que está regulada genericamente no Código Civil, não será aplicada por alguns. Muitos defenderão que as lesões morais trabalhistas ocorridas após a vigência da Lei 13.467/2017, decorrentes de responsabilidade objetiva, não comportam reparação.

Entretanto, mesmo antes do Código Civil (parágrafo único do art. 927) a jurisprudência já vinha alargando o conceito de "culpa", cujo requisito é necessário para o dever de indenizar. A culpa presumida nasce da premissa do dever de que todos temos de não prejudicar ninguém e praticar atos com segurança. Ainda que não se confunda com a culpa presumida, a atividade de risco é mero desdobramento dessa tese, pois a pessoa que explora economicamente a atividade de risco deve ser responsabilizada pelos prejuízos materiais e morais daí decorrentes. Por isso, defendemos que, mesmo depois da Lei 13.467/2017, é possível a indenização de dano extrapatrimonial decorrente de atividade de risco, independentemente de a lesão ter ocorrido após a referida lei.

Aparentemente, o art. 223-B da CLT excluiu a **coletividade** como sujeito de direito, pois afirmou que "são as titulares **exclusivas** do direito à **reparação...**" a pessoa física ou jurídica vitimada. Logo, eliminou a possibilidade de reparação do dano coletivo.

A Lei 13.467/2017 não alterou a possibilidade de cabimento de dano moral **reflexo** ou **ricochete** na Justiça do Trabalho. Ao contrário, o art. 223-B da CLT garante o direito à indenização à pessoa física ou jurídica que sofre dano extrapatrimonial, enquanto o § 1.º do art. 223-G da CLT determina a indenização a cada um dos ofendidos pelo dano imaterial.

O art. 223-D da CLT expressamente autoriza a reparação de dano extrapatrimonial decorrente da imagem, da marca, do nome, do segredo empresarial e do sigilo da correspondência da **pessoa jurídica**[11], assim como a etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física da **pessoa**

natural (art. 223-C da CLT). Com isso, claramente abraça a tese de que a pessoa jurídica pode sofrer dano extrapatrimonial, acompanhando a jurisprudência e a doutrina a respeito do assunto.

O § 1.º do art. 223-G da CLT não permitiu a acumulação de indenizações decorrentes de danos extrapatrimoniais diversos, mas tão somente a **acumulação** do dano extrapatrimonial com o patrimonial, como já previsto na Súmula 37 do STJ.

A proibição de não acumulação de danos imateriais decorrentes do mesmo fato lesivo é absurda. Em outras palavras, se o empregado sofre a dor do acidente de trabalho que levou à amputação de sua perna (dor e estética), ambos por culpa do patrão, só poderá pedir a indenização pela violação de um desses bens não materiais. Essa determinação é injusta, seja porque contraria regras da reparação civil (se repara todo dano causado por outrem que age de forma ilícita), seja porque enseja o enriquecimento sem causa e também não inibe o agressor a não reincidir na prática.

Além disso, parece-nos que o desejo do legislador foi o de ser taxativo nos bens imateriais que, uma vez lesionados, podem gerar o dever de indenizar (arts. 223-C e 223-D da CLT). Ora, não poderá um empregado ser indenizado por ter privacidade violada por que a lei não a mencionou? Ressalto que o inciso X do art. 5º da Constituição menciona expressamente o direito de indenização pela violação da privacidade, logo, não pode a lei (CLT) infraconstitucional limitar sua aplicação. Defendo, por isso, a não taxatividade dos bens imateriais, seja para a pessoa física, seja para a jurídica. No entanto, a matéria é nova e muitos defenderão a posição oposta.

O art. 223-G da CLT fixou os **critérios** que devem ser levados em conta pelo juiz ao apreciar o pedido de dano moral. Além disso, o § 1.º do mesmo artigo classifica a lesão extrapatrimonial em quatro graus: leve, médio, grave e gravíssimo, fixando parâmetros de indenização para cada nível, atingindo o valor máximo de 50 vezes o teto da previdência, podendo, desde que haja reincidência entre as mesmas partes, dobrar o valor. O tabelamento não se aplica aos casos de morte.

A limitação dos valores do dano moral contida no p. 10 do artigo 223-G da CLT, chamada por uns de tarifação e por outros de tabelamento indenizatório, é de duvidosa constitucionalidade por limitar a reparação prevista no texto constitucional (art. 5º, X e V da CF), principalmente depois da decisão do STF a respeito de tema similar previsto na antiga Lei da Imprensa (RE 315.297).

Sob outro enforque, o art. 233-C da CLT pode levar a outra dúvida: os herdeiros podem pedir a reparação do dano moral sofrido pelo falecido empregado? Apesar da redação do artigo em estudo deixar a entender que apenas o próprio agredido pode pedir a reparação, entendemos que a reforma não excluiu os sucessores, pois o valor patrimonial decorrente da indenização é transmitido com a herança, legitimando os sucessores a postularem a reparação.

Convém ressaltar que **todos** os que participaram da ofensa ao bem jurídico imaterial serão responsabilizados, na proporção da sua ação ou omissão, na forma do art. 223-E da CLT. A expressão "todos" contida no art. 223-E da CLT pode levar à interpretação de que o próprio empregado assediador ou causador do dano moral será também réu ou chamado ao processo pelo ex-

empregador réu para responder conjuntamente com este. A prevalecer este entendimento a competência da Justiça do Trabalho será alargada, pois poder um ex-empregado mover ação trabalhista em face do ex-patrão e do ex-colega causador direto do dano.

Os incisos contidos no art. 223-G da CLT são causas atenuantes ou agravantes que o julgador deverá levar em conta ao fixar o valor da indenização. Entretanto, o inciso X do art. 223-G da CLT aponta o perdão tácito ou expresso como um dos elementos de análise do julgamento do pedido de reparação do dano extrapatrimonial. Aparentemente o legislador autorizou até a possibilidade de negativa do pedido de dano moral quando houver perdão.

O legislador reformista perdeu a oportunidade para pacificar a questão da correção monetária e dos juros incidentes sobre a indenização por dano moral.

Desta forma, reconhecida pela decisão a ocorrência do **dano moral** e fixado ou alterado seu valor, a partir de que momento incidem os **juros de mora** e a **correção monetária**?

A **correção monetária** é o ajuste dos valores feito periodicamente, tendo como base o índice da inflação de um período, objetivando compensar a perda de valor da moeda, na tentativa de manter o poder aquisitivo. Normalmente começa a fluir no vencimento da obrigação. Entretanto, em se tratando de indenização decorrente de dano moral, como o valor arbitrado só é conhecido pelo devedor no momento da sentença ou do acórdão, é desta data que começa a correr a correção monetária, conforme entendimento majoritário consagrado pela Súmula 362 do STJ.

A CLT tem regra própria (art. 883) a respeito dos **juros moratórios**, e determina sua contagem a partir da **data do ajuizamento da ação trabalhista**. Todavia, esta também seria a regra para indenização por dano moral?

Os juros equivalem ao valor do aluguel do dinheiro, logo, incidem desde o momento em que retido o valor. Ora, se o valor da indenização por dano moral só foi arbitrado (fixado) na data da decisão, os juros só poderiam ser computados a partir desta data. Esta é nossa opinião, mas há diversos julgados (Súmula 439 do TST) em sentido contrário fixando juros a partir do ajuizamento da ação.

1 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 9596.

2 Após a Lei 13.467/17 há controvérsias sobre a possibilidade de reparação de dano extrapatrimonia decorrente de atividade de risco.

3 Ressalvado o caso do parágrafo único do art. 927 do CC.

4 Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 95.

5 *Idem*.

6 CAVALIERI FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 95.

7 SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas e TEIXEIRA, Lima, *op. cit*., p. 642.

8 Cf. *Idem*.

9 Cf. *Idem*.

10 Há controvérsias se, mesmo após a Lei 13.467/17, persiste o dano moral coletivo, pois o art. 223-I da CLT expressamente aponta como exclusivos titulares do direito à reparação a pessoa física e jurídica.

11 Assim também entendia a Súmula 227 do STJ.

AJUSTE E FIXAÇÃO SALARIAL

1. AJUSTE E FIXAÇÃO DO SALÁRIO

A fixação do salário é efetuada quando da admissão do empregado, ocasião em que é ajustada a forma de remunerar o trabalho, tanto no que diz respeito ao valor do salário, quanto à época de pagamento. Qualquer que seja a forma escolhida, o ajuste não pode infringir a lei.

Quanto à forma de remunerar o trabalho, o salário pode ser fixado:

a) salário por unidade de tempo

Importância fixa paga em razão do tempo que o empregado trabalha ou permanece à disposição. Não importa a produção individual do empregado, e sim o tempo que permanece trabalhando ou à disposição do patrão. Só o tempo é remunerado. São **exemplos**: salário fixado por hora (horista), por dia (diarista), por semana (semanalista), por quinzena (quinzenalista) e por mês (mensalista).

b) salário por unidade de obra

Valor que varia com a quantidade de serviço produzido, sem levar em conta o tempo despendido pelo empregado. Aqui, a produção tem prioridade sobre o tempo que o empregado permanece à disposição. Remunera a produção, estimulando o trabalhador, pois quanto mais produz mais ganha. São **exemplos**: comissões, percentagens, salário por peça, por produção.

O art. 483, *g*, da CLT garante ao empregado que recebe salário por unidade de obra o direito de rescindir o contrato de trabalho por justa causa do patrão, caso o empregador reduza drasticamente o seu trabalho de forma que isto afete seu salário sensivelmente, impedindo o empregado de auferir aquilo que sempre recebia, mas com pequenas variações.

2. VALOR DO SALÁRIO

O ajuste do valor do salário é fixado quando da admissão.

O **reajuste salarial** corresponde à majoração do valor nominal do salário na tentativa de devolver o padrão econômico do salário no momento da admissão, tentando manter o mesmo poder aquisitivo. Normalmente corresponde à reposição da inflação declarada (que nunca é a real).

O **aumento** salarial significa ganho real, isto é, majoração do valor monetário, da expressão numérica do salário em percentual acima da inflação.

Normalmente, a jurisprudência não distingue a palavra "reajuste" da palavra "aumento", tratando-as como sinônimas. Na maioria das vezes utiliza a expressão "reajuste" e "reajuste com ganho real", sendo a segunda um reajuste com aumento real embutido.

Nenhum empregador está obrigado a reajustar ou aumentar o salário de qualquer empregado, salvo: a) se estiver obrigado por lei de política salarial (que já não é editada há algum tempo); b) por lei que fixe piso salarial ou salário mínimo, pois quando reajustado, o empregador também deverá reajustar o salário daqueles que percebem o mínimo e, c) se a norma coletiva obrigar ao reajuste.

A autonomia das partes é limitada quanto ao ajuste inicial do valor do salário do trabalhador. A escolha do valor pelas partes contratantes tem que respeitar os limites mínimos estabelecidos em lei, norma interna da empresa ou norma coletiva.

Também está limitada a autonomia das partes pelo valor máximo do salário, quando se tratar de empregado público, pois deverá respeitar o teto mencionado no inc. XI do art. 37 da CRFB, desde que a sociedade de economia mista ou a empresa pública receba subsídios (recursos) do governo – § 9º do art. 37 da CFRB c/c a OJ 339 da SDT-I do TST.

Para os empregadores privados não há limitação quanto ao valor máximo do salário.

3. ÉPOCA E PERIODICIDADE DO SALÁRIO E DO PAGAMENTO

A periodicidade do pagamento do salário pode ser livremente ajustada pelas partes, desde que não ultrapasse o **mês** (art. 459 da CLT). Assim, no máximo, pode acontecer de todo mês o empregado ter o direito a receber seu salário. Todavia, nada obsta do patrão convencionar o pagamento por semana ou quinzena.

O salário deve ser pago pessoalmente ao empregado, mediante recibo, até o 5º dia útil do mês subsequente ao trabalhado – art. 459, § 1º, da CLT. **Sábado** é considerado dia útil para fins de pagamento de salário (IN 1/89 do MT).

É possível a norma coletiva estabelecer outra data de pagamento do salário, desde que respeite a periodicidade mensal – art. 611-A, *caput*, da CLT.

4. IRREDUTIBILIDADE, INTEGRALIDADE E INTANGIBILIDADE DO SALÁRIO

Irredutibilidade significa que o salário não pode ser reduzido; **integralidade**, que o empregado tem o direito de não sofrer descontos em seu salário e, **intangibilidade**, que o salário está protegido de penhora. Todas essas regras comportam exceções.

O direito à irredutibilidade do salário se funda não só no princípio tutelar do trabalhador, pois sua subsistência depende do pagamento do salário, como também na força obrigatória dos contratos –

pacta sunt servanda, na qual qualquer modificação que prejudique o trabalhador é nula de pleno direito – art. 468 da CLT. A impossibilidade de alteração inclui tanto a mudança do valor quanto a forma de pagamento do salário, quando for prejudicial ao trabalhador.

A própria Constituição só permite a redução de salário mediante acordo ou convenção coletiva – art. 7º, VI, da CRFB.

Entendemos que a partir da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) a redução salarial pode ser efetuada em percentuais superiores ao previsto no PSE (Lei 13.189/15 – acima de 30%), desde que autorizada em acordo coletivo ou convenção coletiva e que garanta o emprego pelo tempo de vigência da norma, reduzindo proporcionalmente a jornada, na forma do § 3º do art. 611-A c/c inciso IV do mesmo artigo da CLT.

O empregado está protegido não só de seus credores como também dos credores do empregador (falência) e do próprio empregador que é, em última análise, o depositário do salário, porquanto só é pago no quinto dia útil do mês subsequente ao trabalhado, impedindo-o, por exemplo, de descontar os alugueres, as dívidas civis etc.

O princípio da integralidade dos salários, preconizado pelo art. 7º, VI, da CRFB e pelo art. 462 da CLT, veda qualquer desconto não previsto em lei, ainda que autorizado. O interesse maior tutelado pelas normas cogentes referidas visa à segurança econômica do trabalhador, mantendo sua estabilidade econômica. Não poderia o empregado viver na incerteza dos valores a serem recebidos a cada mês, pois conta com padrão monetário ajustado para assumir compromissos financeiros futuros.

IGUALDADE SALARIAL

1. EQUIPARAÇÃO SALARIAL

1.1. Requisitos

A equiparação salarial é determinada quando presentes os pressupostos exigidos pelo art. 461 da CLT, concomitantemente, quais sejam:

a) contemporaneidade;
b) mesmo empregador;
c) identidade de atribuições (mesma função);
d) mesmo estabelecimento;
e) diferença de tempo na função não superior a dois anos na função e quatro anos no emprego a favor do modelo;
f) mesma produtividade e perfeição técnica;
g) inexistência de plano de cargos e salários com critérios de promoção por antiguidade e/ou por merecimento, sem necessidade de homologação pelo órgão competente;
h) mesmo regime jurídico;
i) o modelo não pode ser empregado readaptado;
j) não cabe equiparação em cadeia nem entre empregados públicos da administração direta, autárquica e fundacional.

1.2. Contemporaneidade

Empregado e modelo devem estar exercendo concomitantemente as mesmas atribuições, ou terem exercido funções idênticas no mesmo período.

Não se vislumbra a possibilidade de exigir pagamento de salário igual para o empregado que venha a ocupar função ou cargo vago, não exercido por outra pessoa naquele mesmo momento.

Consequentemente, não poderá o empregado recém-contratado para ocupar cargo vago pedir igualdade ao salário daquele que foi demitido e, por isso, deixou vago o cargo.

Isto se explica porque a discriminação se baseia em atos contemporâneos aos praticados pelo

empregador entre empregados de uma mesma época.

O empregado e o paradigma devem ter trabalhado na empresa na mesma época, mesmo que pretérita. Nesse sentido, o § 5º do art. 461 da CLT e a Súmula 6, IV, do TST.

1.3. Mesmo empregador

Dois empregados só terão direito a receber salário idêntico se, além de preencherem os demais requisitos, também forem empregados do mesmo empregador (art. 461, *caput*, da CLT). Ilação lógica, pois não se compara empregados de empresas diferentes.

1.4. Identidade de atribuições

Para que a equiparação se verifique, mister que os empregados cotejados executem exatamente as mesmas atribuições ou tarefas, não só as objetivas como as subjetivas, isto é, com a mesma responsabilidade e poderes. Essa atribuição deve estar associada à mesma função. Nesse sentido o inc. III da Súmula 6 do TST.

A CLT não conceitua o que é **função** ou cargo. Na prática a regra é que cargo é o gênero e função, a espécie. Enquanto o cargo (quando existir) envolve a nomenclatura base da tarefa principal com objetivo de enquadrar o trabalhador em determinado ponto hierárquico na empresa, a função está ligada diretamente ao conjunto de atribuições estabelecidas para desempenho e execução do contrato. Mesmo assim, o empregador pode dar o nome que desejar às tarefas desenvolvidas, isto é, pode chamar de cargo ou de função.

Assim, a **nomenclatura** dada pelo empregador (cargo ou função) não deve desviar a atenção para o que realmente importa: a identidade de atribuições, isto é, de tarefas desempenhadas pelos cotejados.

Se as funções têm o mesmo nome e o empregador-réu, em contestação, alegar disparidade de atribuições, o ônus da prova é do patrão, pois a presunção está a favor do empregado. Se, todavia, as funções têm nomes distintos e o empregado-autor alegar atribuições idênticas, o ônus da prova é do trabalhador, se negado o fato na defesa. Isto é, a identidade de nomenclatura de funções gera a presunção a favor dos trabalhadores de atribuições idênticas, da mesma forma que nomenclaturas distintas acarretam a presunção de funções diversas. Aplicação do inc. VIII da Súmula 6 do TST.

1.5. Mesma localidade x Mesmo estabelecimento

A **localidade** é entendida pela doutrina como Município. Justifica-se esta posição porque revogados os arts. 84 até 111 da CLT, que fixavam valores diferenciados do salário mínimo para cada região, zona ou subzona. Sabendo-se que o Município é a menor base territorial de um sindicato e que cada entidade sindical pode estabelecer pisos salariais diversos para a categoria, conclui-se que correto está o entendimento da jurisprudência, porque a diferença salarial teria sua origem na

norma coletiva.

Logo, localidade é o mesmo que Município.

Antes da Lei 13.467/2017 a equiparação era possível entre empregados que trabalhassem na mesma localidade, cujo conceito estaca no X da Súmula 6 do TST. Entretanto, a partir da Reforma Trabalhista, agora a equiparação só é possível entre empregados que trabalhem na mesma unidade técnica, isto é, no mesmo estabelecimento.

1.6. Diferença de tempo na função não superior a dois anos e quatro no emprego a favor do modelo

A diferença de tempo de serviço conta-se tanto na **função** como no emprego. Antes da Lei 13.467/2017 só era exigida a contagem na função e não no cargo ou no emprego. O modelo não pode ser mais antigo na função mais de dois anos nem mais antigo no emprego mais que quatro anos que o equiparando. Pode ser mais novo na função e no emprego sem limitação de tempo – art. 461, § 1º, da CLT.

Superada parcialmente, desta forma, a Súmula 6, II, do TST e a Súmula 202 do STF.

1.7. Identidade de produtividade e perfeição técnica

Modelo e equiparando necessitam exercer idênticas atribuições e desenvolvê-las com a mesma produtividade e perfeição técnica. Entende-se como **produtividade** a quantidade de trabalho produzido por hora, dia ou mês.

Como **perfeição técnica** a forma com que foi realizado o trabalho, pois um apressado pode produzir mais peças, só que defeituosas, pois confeccionadas sem o capricho que mereciam. Assim, se um mecânico conserta mais carros por dia, mas todos estes veículos mais tarde retornam à oficina porque o defeito persiste, não está produzindo com boa técnica. Da mesma forma, o mecânico que, em busca da perfeição técnica, demora dias no conserto de um único carro com defeito simples.

Esses requisitos devem ser comprovados por prova técnica e é ônus do empregador comprovar uma possível diferença entre o empregado e o paradigma quando exercerem a mesma função.

1.8. Inexistência de plano de cargos e salários com previsão alternada de promoção por antiguidadee/ou por merecimento

Plano de cargos e salários ou quadro de carreira, quadro de pessoal, PCCS ou plano hierarquizado em cargos e carreiras pode estar previsto em norma interna, regulamento interno ou norma coletiva etc. Caracteriza-se como uma norma autônoma, unilateral, espontaneamente confeccionada pelo empregador que dispõe sobre o ingresso inicial em cada carreira e função, os níveis de cada função, a forma de acesso às funções superiores hierarquicamente, as classificações, reclassificações, funções de confiança, funções técnicas, níveis de salários, critérios de promoções

horizontais e/ou verticais, topo da carreira etc.

Quando existir norma com as características acima, mesmo que o empregador tenha lhe destinado uma nomenclatura diversa, fica a empresa obrigada ao cumprimento das regras estabelecidas naquele instrumento, assegurando aos seus trabalhadores o direito de promoção, reclassificação e/ou de majoração salarial quando preenchidos os requisitos ali previstos – Súmulas 19, 51 e 127 do TST.

Apenas os planos de cargos e salários que contenham previsão de promoções por merecimento e por antiguidade ou apenas por um destes critérios, independentemente de homologação ou chancela estatal ou sindical, elidem o direito à equiparação salarial §§ 2º e 3º do art. 461 da CLT. A redação anterior exigia a homologação e alternância de critérios, requisitos não mais necessários. Logo, superado o inciso I da Súmula 6, I, e parcialmente a Súmula 127 do TST. Também havia previsão nesse sentido na cancelada Súmula 231 do TST. Mesmo presentes estes requisitos, deve ser analisado se, na prática, o empregador cumpre o plano de cargos e salários.

1.9. Mesmo regime jurídico

É necessário que os comparados estejam submetidos ao mesmo regime jurídico, isto é, que sejam regidos pela CLT, pois, mesmo que dois trabalhadores executem suas tarefas lado a lado para um mesmo tomador, mas um seja estatutário e outro celetista, impossível é o pleito de equiparação salarial.

1.9.1. Desnível salarial originado de sentença

Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, sendo vedada a equiparação em cadeia, isto é, que aponte paradigma remoto (art. 461, § 5º, da CLT).

Não cabe equiparação decorrente de decisão judicial que beneficiou o paradigma se o disparate salarial decorreu de vantagem pessoal do modelo ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior.

Antes da Lei 13.467/2017 era possível a equiparação em cadeia, salvo na hipótese se o empregador produzisse prova do alegado fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial em relação ao paradigma remoto, considerada irrelevante, para esse efeito, a existência de diferença de tempo de serviço na função superior a dois anos entre o reclamante e os empregados paradigmas componentes da cadeia equiparatória, à exceção do paradigma imediato. Como esta regra foi vedada pelo § 5º do art. 461 da CLT, está parcialmente superado o inciso VI da Súmula 6 do TST.

1.10. Desnível salarial por discriminação sexo ou etnia

Foi acrescido o § 6º ao art. 461 da CLT pela Lei 13.467/2017, para impor a multa de 50% do

teto do benefício previdenciário a favor do empregado discriminado em virtude do seu gênero ou etnia. Desta forma, se uma empregada ganhar menos que outro empregado, quando presentes todos os requisitos da equiparação, pelo simples fato de ser mulher, além das diferenças salariais, também terá direito à multa.

1.11.Impedimentos

O empregado readaptado não servirá de paradigma, conforme determina o § 4º do art. 461 da CLT. Isto se explica porque o empregado que teve alta da previdência, mas com recomendação de readaptação por motivo de deficiência física ou mental, pode ser rebaixado para se adaptar à nova função, mas seu salário não pode ser reduzido. O exercício de função mais baixa com salário da mais alta poderia gerar insatisfação entre os exercentes da função subalterna.

Também não cabe equiparação entre empregados da administração direta, autárquica e fundacional, por conta da proibição contida no inciso XIII do art. 37 da CF – OJ 297 da SDI-1 do TST. Entretanto, entre empregados da economia mista ou empresa pública é possível, pela isonomia apontada pelo art. 173 da CF – Súmula 455 do TST.

1.12.Ônus da prova

É do empregado o ônus de provar o fato constitutivo da equiparação salarial: identidade de atribuições. Ao empregador compete provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos que imputar, na forma do inc. VIII da Súmula 6 do TST.

A identidade de **nomenclatura de função** dos cotejados gera a ilação de que as atribuições eram idênticas, invertendo-se o ônus da prova. Se, por exemplo, modelo e equiparando exerciam a função de Assistente Técnico I e a defesa alegar a diferença de atribuições, o réu terá atraído para si o ônus probatório deste fato.

Quando o empregador imputa aos seus empregados a mesma nomenclatura para a função exercida, a presunção é de execução das mesmas atribuições. De forma contrária, se o autor exercia a função de Auxiliar Administrativo I e o modelo de Auxiliar Administrativo II, a presunção é de exercício de atribuições diversas, competindo ao autor, nesta hipótese, o ônus da prova.

2. SALÁRIO-SUBSTITUIÇÃO

2.1. Conceito e requisitos

A substituição **não eventual** e **provisória** enseja o direito de o substituto perceber o salário do substituído.

A Súmula 159, I, do TST reconheceu este direito e garante salário idêntico ao substituto enquanto perdurar a substituição não eventual. Essa substituição tem caráter provisório. Logo, se foi definitiva

não gerará o direito.

Não há norma legal que ampare este direito de forma expressa. O critério adotado pela Súmula foi inspirado nos arts. 450 c/c 461 da CLT.

Para que o substituto tenha direito a receber o mesmo salário que o substituído mister que exerça exatamente as mesmas atribuições que aquele, com a mesma produtividade e perfeição técnica e que o substituído esteja temporariamente afastado, pois se o cargo estiver vago, não se trata de substituição, e sim de ocupação ou sucessão, que pode ser definitiva ou interina (Súmula 159, II, do TST), não ensejando o direito.

Substituição não eventual é aquela que acontece por evento previsível, de acontecimento aproximado e com frequência. As férias se caracterizam em evento previsível e frequente entre os empregados – Súmula 159, I, do TST.

EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

1. CAUSAS

As causas de extinção do contrato de trabalho podem ser:

a) normais;
b) anormais.

2. EXTINÇÕES NORMAIS

São consideradas normais as extinções que coincidirem com o implemento do termo final ou da condição resolutiva.

Extinto o contrato por prazo determinado em seu fim, o empregado terá direito a levantar o FGTS, a receber o saldo de salários dos dias trabalhados, férias (simples e/ou proporcional) e trezeno.

Em caso de morte natural do contrato (implemento do termo ou da condição), não haverá direito ao pré-aviso (salvo quando contiver cláusula assecuratória de rescisão antecipada recíproca utilizada) e da indenização compensatória de 40% sobre o FGTS, nem acobertará os diversos tipos de estabilidade (Súmula 244, III, do TST) ou o pagamento do seguro desemprego.

2.1. Terminação antecipada do contrato a termo

a) Iniciativa do empregador

De acordo com o art. 479 da CLT, a extinção antecipada do contrato a termo, por iniciativa do empregador, sem justa causa do empregado, dá a este o direito a uma indenização correspondente à **metade da remuneração** do período que restava para o término natural do contrato, salvo nos casos de aprendiz (art. 433, § 2º, da CLT) e da Lei 9.601/98 quando esta indenização não é devida.

Desta forma, se o contrato a termo foi ajustado por dois anos e o empregador demite, sem justa causa, o empregado no término do primeiro ano, deverá pagar uma indenização correspondente a seis meses de remuneração, além das parcelas resilitórias devidas. Se o termo for incerto ou o contrato

for submetido a condição, a indenização deverá ser arbitrada pelo tempo razoável que duraria este tipo de contrato. Se não for possível, deve ser utilizado o lapso maior, isto é, dois anos, como o de duração total do contrato. A partir daí, calcula-se a indenização. Além disto, o trabalhador ainda tem direito aos 40% sobre o FGTS (art. 14 do Decreto 99.684/90 c/c IN-FGTS 3/96, III, item 4, *b*).

Mesmo nas rescisões antecipadas o empregado não tem direito ao aviso prévio, pois no lugar deste receberá a indenização prevista no art. 479 da CLT.

O direito ao aviso prévio será concedido ao trabalhador quando o contrato por prazo certo contiver cláusula assecuratória de rescisão antecipada recíproca, desde que esta seja utilizada (art. 481 da CLT c/c a Súmula 163 do TST), assim como a indenização adicional de 40%.

b) Iniciativa do empregado

Quando o empregado toma a iniciativa de romper antecipadamente o contrato a termo, sem justa causa, a indenização é tarifada pelo art. 480 da CLT, desde que o empregador sofra prejuízos com o rompimento. Portanto, o pagamento da indenização depende do dano causado ao patrão com a saída abrupta. Mesmo assim a lei impõe um teto: o valor que receberia em idêntica situação. Em outras palavras, o trabalhador deverá pagar ao patrão uma indenização equivalente a um valor qualquer desde que haja prejuízo e este valor não poderá ultrapassar metade da remuneração do período que faltava.

c) Força maior

Quando a extinção antecipada dos contratos a termo ocorre por força maior, a indenização prevista no art. 479 da CLT é devida pela metade – art. 502, III, da CLT.

Pensamos da mesma forma quando a extinção antecipada ocorrer por culpa recíproca, apesar de não existir regramento específico a respeito, mas sim genérico – art. 484 da CLT.

3. EXTINÇÕES ANORMAIS – ESPÉCIES OU MODOS

Os modos de dissolução do contrato de trabalho foram objeto de estudo por vários autores, que nunca conseguiram um consenso na divisão. Por isso, sugerimos a divisão abaixo:

- resilição – distrato, despedida e demissão;
- resolução – justa causa, rescisão indireta e culpa recíproca;
- rescisão – nulidade do contrato;
- força maior – impossibilidade de execução do contrato;
- morte do empregador pessoa física ou do empregado;
- extinção da empresa, fechamento, cessação da atividade e falência;
- aposentadoria compulsória e espontânea (esta apenas nos casos em que extingue);
- *ope judicis* – por terminação judicial – art. 496 da CLT;

- suspensão disciplinar por mais de 30 dias consecutivos – art. 474 da CLT;
- distrato – art. 484-A da CLT;
- extinção de pleno direito por inexecução do contrato intermitente – art. 452-D da CLT.

3.1. Dispensa ou despedida

A palavra "despedida" (ou dispensa) é utilizada por praticamente todos os doutrinadores para designar o tipo de terminação unilateral do contrato de trabalho indeterminado, cuja iniciativa é do empregador, sem justa causa praticada pelo empregado.

3.1.1. Conceito

Despedida ou **dispensa** é a declaração unilateral de vontade receptícia, desconstitutiva, emitida pelo notificante ao notificado para comunicar a extinção do contrato. Pode ser com ou sem justa causa.

Receptícia, porque tem destinatário certo: o empregado que se pretende demitir. Constitutiva, porque tem finalidade de desconstituir o contrato. Declaração unilateral de vontade, porque o empregador expressa sua vontade por meio deste ato.

No silêncio, presume-se que toda extinção se opera sem justa causa da outra parte.

3.1.2. Natureza jurídica

Constitui-se em um **direito potestativo**, isto é, numa faculdade jurídica que depende unicamente da vontade do denunciante.

3.1.3. Modo e efeito

A declaração unilateral é receptícia, isto é, tem destinatário certo (o empregado), e só se aperfeiçoa quando o notificado toma ciência da denúncia do contrato, independentemente de sua concordância ou de pronunciamento jurisdicional.

Segundo a corrente majoritária, não existe forma especial para fazê-lo, devendo apenas ser **expressa**, isto é, oral ou escrita.

Como dito acima, a declaração unilateral produz seus efeitos independentemente da vontade do notificado, desde que tenha sido cientificado. Quando o notificado (empregado) estiver em local incerto e não sabido, a tentativa inequívoca de notificar o trabalhador produz os mesmos efeitos do recebimento. Isto pode acontecer quando o empregado desaparece, muda seu endereço e o empregador, preferindo a despedida sem justa causa, envia carta registrada ou telegrama ao conhecido endereço, constante da ficha de registro de empregados, e a carta é devolvida, com a notícia "mudou-se". Esta tentativa de notificar o empregado da denúncia do contrato,

excepcionalmente, supre a necessária comunicação da despedida, produzindo os mesmos efeitos. A se pensar de outra forma, o empregador jamais conseguiria extinguir este contrato. Ademais, a resolução tácita do contrato também ocorre nos casos de abandono de emprego, quando o contrato rompe, algumas vezes, sem que o empregador consiga notificar o empregado, pois desaparecido. Daí a prática de publicar em jornal o abandono de emprego, medida tomada na tentativa de comunicar o trabalhador da extinção justa de seu contrato.

3.1.4. Requisitos

Para a **validade da dispensa** é necessário o preenchimento de alguns requisitos: declaração de vontade receptícia; capacidade do empregador e do empregado; legitimidade de quem emite a declaração.

Antes da Lei 13.467/2017 também era necessária a a homologação do recibo de quitação ou do pedido de demissão, no órgão competente, para os contratos com mais de um ano de vigência – art. 477, § 1º, da CLT. Esta regra foi revogada e não há mais necessidade de homologação de qualquer rescisão contratual.

Apenas o empregador ou seus prepostos têm legitimidade para demitir um empregado. Um terceiro estranho à relação ou um colega de mesma hierarquia não tem legitimidade para praticar a despedida. Da mesma forma, a despedida só produz efeito se comunicada à pessoa do empregado. Se for comunicada a um estranho ou a outro empregado, não produz os efeitos desejados.

Para os estáveis (art. 500 da CLT) a despedida será nula por conta da estabilidade, que não admite a despedida sem justa causa

Depois da Lei 13.467/2017 a rescisão contratual se operará por mera comunicação ao empregado e aos órgãos competentes (CEF e Previdência), devendo o empregador dar baixa na CTPS do empregado e pagar as verbas rescisórias. Os documentos de extinção do contrato e as comunicações bastam para o empregado levantar o FGTS e, se preencher os requisitos, receber o seguro desemprego. Portanto, a chancela sindical ou da DRT foi extinta, reduzindo a burocracia.

Se o empregado for analfabeto deverá dar quitação mediante sua impressão digital ou a seu rogo – art. 464 da CLT e os valores pagos em dinheiro ou depósito bancário – art. 477, § 4º, II, da CLT.

O **recibo** é o meio ideal para comprovar o pagamento das parcelas da rescisão. Todavia, o empregador pode comprovar por outros meios, desde que seja por meio de prova indiscutível como depósito na conta-corrente do empregado, confissão etc. O inciso I do § 4º do art. 477 da CLT determina que o pagamento se faça mediante dinheiro, depósito ou cheque visado, conforme acordem as partes.

As parcelas pagas devem ser discriminadas uma a uma, para que o empregado possa conferir a retidão do pagamento – art. 477, § 2º, da CLT. Se a determinação não for cumprida o empregador correrá todos os riscos de ter que pagar diferenças de parcelas da rescisão, pois não terá prova de

que quitou este ou aquele direito.

3.1.5. Direitos

A despedida sem justa causa dá ao empregado o direito de receber o aviso prévio proporcional ao tempo de serviços e sua integração (trabalhado ou não), bem como a levantar o FGTS + 40% e, se preencher os requisitos, a receber o seguro desemprego. Além disso, receberá férias vencidas e/ou proporcionais + 1/3; 13º proporcional, saldo de salário.

3.2. Demissão

A palavra demissão é utilizada para designar o tipo de terminação unilateral do contrato de trabalho indeterminado, cuja iniciativa é do empregado, sem justa causa praticada pelo empregador.

3.2.1. Conceito

É a declaração unilateral constitutiva e receptícia de vontade feita pelo empregado ao empregador, com a finalidade de romper o contrato sem justa causa.

Apesar da nomenclatura utilizada por todos ser "pedido de demissão", não se trata, na verdade, de um pedido, e sim de uma comunicação, um aviso, uma notícia, pois o pedido independe da concordância da outra parte para ser aceito ou não.

3.2.2. Natureza jurídica

Constitui-se em um direito potestativo, isto é, numa faculdade jurídica que depende unicamente da vontade do denunciante.

3.2.3. Modo e efeito

A declaração unilateral é receptícia, isto é, tem destinatário certo (o empregador), e só se aperfeiçoa quando o notificado toma ciência da denúncia do contrato, independentemente de sua concordância ou de pronunciamento jurisdicional.

Segundo a corrente majoritária, não existe forma especial para fazê-lo, devendo apenas ser expressa, isto é, oral ou escrita. O ideal é que seja feito de forma escrita para que haja prova da intenção de não abandonar, e sim de se desligar da empresa. A falta de comunicação do empregado no desfazimento do vínculo pode importar em presunção de abandono de emprego. Por isto, é importante que o trabalhador que não deseja mais trabalhar para aquele empregador comunique-o de sua intenção de rompimento do contrato.

3.2.4. Requisitos

Para a validade do pedido de demissão é necessário o preenchimento de alguns requisitos:

declaração de vontade receptícia e capacidade do empregado. Antes da Lei 13.467/2017 era também necessária a homologação do pedido de demissão ou do recibo de quitação no órgão competente para os contratos com mais de um ano de vigência – art. 477, § 1º, da CLT. Esta regra foi revogada e não é mais necessária a homologação.

3.2.5. Direitos

No pedido de demissão a extinção do contrato ocorre por iniciativa do empregado. Por isso, é o trabalhador quem deve dar o aviso prévio ao patrão e não levantará o FGTS, nem terá direito ao seguro desemprego. Entretanto, receberá férias vencidas ou proporcionais + 1/3; 13º proporcional, saldo de salário.

3.3. Distrato e Contrato Intermitente

O contrato de trabalho pode ser extinto por mútuo consentimento e neste caso a extinção tem o nome de distrato. Portanto, distrato é a extinção do contrato por comum acordo.

Há dois tipos de distrato: aquele feito individualmente entre empregado e empregador (art. 484-A da CLT) e outro em que o empregador cria um prêmio, um incentivado para atrair empregados para a adesão do acordo de extinção (PDV ou PDI – art. 477-B da CLT).

O programa de demissão voluntária (PDV) ou programa de demissão incentivada (PDI) é criado pelo empregador, que oferece um estímulo em bens, serviços ou dinheiro para o empregado interessado aderir o programa e fazer a extinção do seu contrato. Se também estiver previsto em norma coletiva a quitação será geral e irrestrita (art. 477-B da CLT).

Na hipótese de distrato é devido ao empregado, pela metade, o aviso prévio indenizado e a indenização adicional do FGTS (20%). O trabalhador ainda terá direito ao levantamento de 80% do FGTS e não terá acesso ao seguro desemprego. As demais verbas são devidas.

Nas extinções do contrato intermitente, salvo nas hipóteses de justa causa, o intermitente terá direito a receber (art. 452-E da CLT), pela metade, o aviso prévio sempre indenizado e a indenização adicional do FGTS (20%). O trabalhador ainda terá direito ao levantamento de 80% do FGTS e não terá acesso ao seguro desemprego. As demais verbas são devidas.

OBRIGAÇÕES DECORRENTES DA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

CONTRATO POR PRAZO INDETERMINADO			
Despedida sem justa causa, extinção da	**Despedida por justa causa**	**Despedida indireta**	**Culpa recíproca**

empresa e falência			
- Saldo de salário - Férias vencidas + 1/3 - Férias proporc. + 1/3 - Aviso prévio - 13º salário proporcional - FGTS + 40% - Seguro-desemprego[1]	- Saldo de salário - Férias vencidas + 1/3	- Saldo de salário - Férias vencidas + 1/3 - Férias proporc. + 1/3 - Aviso prévio - 13º salário proporcional - FGTS + 40% - Seguro-desemprego*	- Saldo de salário - Férias vencidas + 1/3 - 50% das férias proporc. + 1/3 - 50% do aviso prévio - 50% do 13º salári proporcional - FGTS + 20%

CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO			
Pedido de demissão	**Força maior**	**Implemento do termo ou da condição**	**Despedida sem justa causa antes do termo final**
- Saldo de salário - Férias vencidas + 1/3 - Férias proporc. + 1/3 - Desconto do aviso prévio devido ao	- Saldo de salário - Férias vencidas + 1/3 - Férias proporc. + 1/3 - 13º salário proporcional	- Saldo de salário - Férias vencidas + 1/3 - Férias proporc. + 1/3 - 13º salário	- Saldo de salário - Férias vencidas + 1/3 - Férias proporc. + 1/3 - Indenização prevista no art. 479 da CLT - 13º salário

empregador - 13º salário proporcional	- FGTS + 20% - Seguro-desemprego*	proporcional - FGTS	proporcional - FGTS + 40% - Seguro-desemprego*
Despedida com justa causa antes do termo final	**Pedido de demissão no contrato a termo**	**Força maior no contrato a termo**	**Culpa recíproca No contrato a termo**
- Saldo de salário - Férias vencidas + 1/3	- Saldo de salário - Férias vencidas + 1/3 - Férias proporc. + 1/3 - Indenização ao empregador prevista no art. 480 da CLT - 13º salário proporcional	- Saldo de salário - Férias vencidas + 1/3 - Férias proporc. + 1/3 - 13º salário proporcional - 50% da indenização prevista no art. 479 da CLT - FGTS - Seguro-desemprego*	- Saldo de salário - Férias vencidas + 1/3 - 50% das férias proporc. + 1/3 - 50% do 13º salári proporcional - FGTS - 50% da indenização prevista no art. 479 da CLT

* Vide nota 1 (empregado que preenche os requisitos da lei).

Aposentadoria compulsória	**Aposentadoria espontânea com rompimento do contrato**	**Distrato**	**Contrato Intermitente: extinção de pleno direito; despedida sem justa causa e**

			pedido de demissão
- Saldo de salário - Férias vencidas + 1/3 - Férias proporc. + 1/3 - Aviso prévio - 13º salário proporcional - FGTS + 40% - PIS	- Saldo de salário - Férias vencidas + 1/3 - Férias proporc. + 1/3 - Desconto do aviso prévio devido ao empregador - 13º salário proporcional - FGTS - PIS	- Saldo de salário - 50% do aviso prévio - Férias + 1/3 - Férias prop. + 1/3 - 13º prop. - FGTS + 20% - Não tem seguro desemprego	- Saldo de salário - 50% do aviso prévio sempre indenizado - Férias + 1/3 - Férias prop. + 1/3 - 13º prop. - FGTS + 20% - Não tem seguro desemprego

[1] O seguro-desemprego só era pago se o empregado estivesse de fato desempregado, contasse com seis meses contínuos de casa ou 15 meses descontínuos nos últimos 24 e não estivesse recebendo benefício previdenciário. Todavia, depois da MP 665/2014 o trabalhador deverá comprovar vínculo com o empregador por, pelo menos, 18 meses na primeira vez em que requerer o benefício e, na segunda solicitação, o período de carência será 12 meses. A partir do terceiro pedido, a carência voltará a ser seis meses. O número de parcelas também mudou.

AVISO PRÉVIO

1. CONCEITO E REGRAS GERAIS

O instituto do aviso prévio é motivo de farta doutrina que discute não só seu conceito e contornos, como também sua natureza jurídica. Há algumas correntes para conceituar o aviso prévio, mas citaremos apenas duas:

1ª) Declaração de vontade unilateral receptícia desconstitutiva do contrato. Entre esta comunicação e a terminação efetiva do contrato há um lapso temporal mínimo de 30 dias. Se o notificado for o empregado, fica-lhe assegurado, ainda, o salário do período e o cômputo deste no tempo de serviço.

Resumindo, para esta corrente o aviso prévio é uma notificação, uma comunicação ou uma declaração de vontade seguida de um prazo mínimo legal preestabelecido.

2ª) O **aviso prévio** é um lapso de tempo imposto por lei entre a denúncia do contrato e sua efetiva terminação. Concordamos com esta tese, pois o conceito de aviso prévio não pode ser o mesmo da despedida. **Despedida** é a declaração unilateral receptícia desconstitutiva de vontade, e o aviso é prazo obrigatório entre a declaração e a efetiva extinção. A constatação de que os institutos são diferentes está na contagem do prazo do aviso que se inicia após a declaração de extinção, na forma da Súmula 380 do TST.

Entendemos que o aviso prévio é o termo que suspende o exercício do direito à extinção imediata do contrato. Isto é, ao denunciar o contrato, o notificante o extingue. Todavia, os efeitos desta extinção dependem do implemento do termo (prazo de 30 dias).

O contrato é extinto com a declaração de vontade de rompimento do pacto laboral, mas os efeitos só se tornam efetivos após o decurso do prazo, pois o aviso prévio é prazo legal imposto por lei para preparar as partes para o término do contrato.

Por isso, o trabalhador não adquire estabilidade no curso do aviso prévio, porque no momento da despedida (declaração de extinção) não havia obstáculo para a despedida. Nesse sentido a Súmula 371 e o inc. V da Súmula 369, ambas do TST.

Este prazo é igual tanto para o empregado quanto para o empregador. Aquele, para que possa ter tempo para procurar nova colocação no mercado, novo emprego e, este, para que possa procurar um

substituto para a vaga.

Por se tratar de direito previsto em lei, o aviso prévio é irrenunciável pelo empregado, salvo quando este comprovadamente conseguiu novo emprego (Súmula 276 do TST).

A simples concessão do aviso prévio à outra parte faz presumir que a terminação se deu sem justa causa, pois este é um instituto devido apenas nas terminações sem justa causa dos contratos indeterminados.

O aviso prévio é devido à parte inocente, tanto pelo empregador, quando despedir o empregado, quanto pelo empregado, quando pedir demissão. Pode ser trabalhado pelo empregado ou não, quando poderá ser pago em pecúnia no termo de rescisão. Não existe aviso prévio "cumprido em casa", devendo ser considerado este fato como aviso indenizado, conforme a Orientação Jurisprudencial 14 da SDI-I do TST.

2. FORMA

O aviso prévio não tem forma especial, já que defendemos que ele é um **prazo**. Entretanto, para os defensores de que o aviso prévio é uma comunicação, esta forma pode ser **oral ou escrita**, mas sempre expressa, para que se evite abusos.

3. NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica do aviso prévio é de **direito** para o notificado (ao prazo) e de obrigação legal para o notificante da extinção unilateral sem justa causa.

Todavia, é possível apontar outras naturezas pela doutrina, como descrito abaixo.

3.1. Trabalhado

Parte da doutrina noticia a **tríplice** natureza jurídica do aviso prévio trabalhado: é salário, pois neste período o empregado recebe a paga como forma de contraprestação dos serviços prestados; é comunicação (para os que defendem esta tese), pois para seu início é necessária a notificação da parte que pretende romper o contrato; e é prazo, pois entre a comunicação e o rompimento do contrato há um lapso temporal mínimo de 30 dias.

Outros afirmam que é mera declaração de vontade e há quem, como nós, defende que é apenas um prazo, um lapso temporal entre a denúncia ao contrato e sua efetiva extinção.

3.2. Indenizado pelo empregador

O aviso prévio pode ser trabalhado ou não. O aviso não trabalhado também é chamado de indenizado.

O patrão estará obrigado ao pagamento dos salários do período do aviso prévio quando impedir o trabalhador notificado da despedida imotivada de trabalhar durante o aviso prévio (art. 487, § 1º, da CLT). A lei denomina este fenômeno de aviso prévio indenizado.

A natureza jurídica do aviso prévio "indenizado" pelo patrão deveria ser "indenizatória" por questões óbvias. Todavia, a lei entendeu de forma diversa, pois determinou o pagamento do "salário" durante o período e a integração deste no cômputo do tempo de serviço. Portanto, quando não for trabalhado, considera-se interrompido o contrato até o termo final do aviso prévio, do prazo.

Não foi por outro motivo que o legislador expressamente mencionou a palavra "salário" no referido dispositivo legal e incluiu, neste mesmo artigo, os §§ 5º e 6º, acrescentando a expressão "mesmo que tenha sido recebido antecipadamente os salários correspondentes ao período do aviso" (art. 487, § 6º, *in fine*, da CLT).

A natureza salarial do pagamento efetuado durante o período do aviso também pode ser concluída a partir do art. 15, § 6º, da Lei 8.036/90 c/c o art. 28, IV, § 9º, da Lei 8.212/91.

Para o trabalhador intermitente o aviso prévio será sempre indenizado e pela metade. Nos casos de distrato o aviso indenizado também será indenizado.

3.3. Indenizado pelo empregado

O empregado que não trabalhar durante o período do aviso dever pagar o valor equivalente. Sem dúvida, a parcela tem natureza jurídica de indenização tarifada por dano causado ao empregador, pois não lhe concedeu tempo suficiente para procurar outro empregado para a vaga. Não pode ser considerado salário, uma vez que o empregado não paga salário ao empregador.

O art. 487, § 2º, da CLT faculta ao empregador descontar ***dos salários*** do empregado a respectiva indenização devida pelo empregado. Entendemos que o legislador disse menos do que queria. O desconto pode ser efetuado sobre qualquer outra parcela (férias, trezenos, horas extras etc.), e não apenas sobre o saldo de salários. Na verdade, o empregador pode fazer a compensação ou interpor ação de cobrança (Justiça do Trabalho) em qualquer caso, mesmo que não haja saldo a pagar no termo de rescisão ou que o empregador não tenha, no momento da rescisão, efetuado o desconto. Em outras palavras, o empregador poderá compensar a indenização devida pelo trabalhador não apenas com o saldo de salário, mas com qualquer outro crédito trabalhista que ele tenha com a empresa. Se não possuir créditos com a empresa, o empregador poderá interpor ação trabalhista de cobrança de seu direito ou, apresentar reconvenção em havendo ação trabalhista interposta pelo empregado.

Como visto acima, o aviso prévio do empregado **intermitente** sempre será indenizado e devido pela metade. O pré-aviso indenizado nos casos de distrato também é devido pela metade.

4. PRAZO E RETRATAÇÃO

Para que se evite a ruptura abrupta dos contratos por tempo indeterminado a lei exigiu que aquele que pretender unilateralmente romper o contrato sem justa causa deve comunicar à outra parte sua intenção com uma antecedência mínima de 30 dias. Não vigora mais o prazo de 8 dias previsto no inc. I do art. 487 da CLT, ante a revogação tácita efetuada pelo art. 7º, XXI, da CRFB.

Concedido o aviso prévio, a retratação pelo notificante antes de expirado o prazo só terá validade se a outra parte concordar. Findo o período do pré-aviso a dispensa se considera efetivada para todos os fins, salvo se fraudulento – art. 489 da CLT.

A retratação deve ser **expressa**, assim como a concordância. Se, todavia, as partes continuarem a trabalhar após o período do pré-aviso, conclui-se que houve retratação e concordância tácita. Neste caso o contrato prossegue como se nunca tivesse ocorrido o aviso prévio – art. 489, parágrafo único, da CLT.

4.1. Contagem

Comunicada a dispensa, independente da hora em que esta ocorra, o prazo do pré-aviso (mínimo de 30 dias) começa a fluir do dia seguinte, se for dia útil ou dia de trabalho, na forma do art. 132, *caput*, do Código Civil e da Súmula 380 do TST. Isto se justifica porque no dia da comunicação o empregado não estava preparado para procurar novo emprego.

Se o empregado trabalha sábado e domingo e recebe o aviso prévio na sexta anterior, aqueles dias serão incluídos para a contagem do prazo do aviso prévio.

5. EFEITOS

5.1. Empregado urbano

O aviso prévio produz duplo efeito no contrato de trabalho quando o empregado urbano ou doméstico é o notificado, ou seja, é dispensado: a) acarreta a redução da jornada em 2 horas diárias ou a dispensa do trabalho por sete dias consecutivas; b) importa em integração ao tempo de serviço para todos os fins, mesmo quando indenizado.

5.2. Jornada reduzida ou dispensa do trabalho por sete dias

Durante o período do aviso prévio concedido pelo empregador ao trabalhador a jornada de trabalho será reduzida em duas horas por dia, sem prejuízo do salário integral – art. 488 da CLT.

A escolha do horário destinado à redução da jornada no período do aviso é do empregado, devendo comunicar previamente o empregador para não surpreendê-lo.

> **Ex.:** Imaginemos que um empregado trabalhe normalmente das 6 às 15 horas, de segunda a sexta-feira. No período do préaviso poderá optar por chegar às 8h ou sair do trabalho às 13h,

comunicando o empregador desta escolha no ato da dação do préaviso. Neste exemplo, acreditamos que sair mais cedo do trabalho é mais benéfico que chegar duas horas após o horário, pois dificilmente encontrará o comércio aberto no primeiro horário para a procura de novo emprego. Deve o trabalhador decidir qual é o melhor horário para procurar novo emprego no mercado. Discordamos, assim, da posição majoritária, que defende que a escolha do horário da redução da jornada é do empregador.

O art. 488 da CLT faculta ao empregado não reduzir a jornada na forma acima e, em troca, deixar de trabalhar durante 7 dias corridos, sem prejuízo do salário integral – art. 488 da CLT. Esta faculdade é dele, como expressamente prevê a lei.

A discussão travada pela doutrina é a mesma, isto é, de quem é a escolha de quais 7 dias o empregado pode faltar no curso do pré-aviso. Pode o empregado escolher que serão na primeira semana, ou o empregador impor que isto ocorrerá na última? Pensamos da mesma forma acima fundamentada. Sendo o empregado o maior interessado na busca de nova colocação no mercado, a escolha é sua, devendo comunicar tal fato ao empregador no ato da dação do pré-aviso, pois caso contrário sua ausência injustificada pode ser considerada como falta ao serviço.

5.3. Jornada reduzida não concedida

A concessão do pré-aviso ao empregado sem a redução da jornada ou sem a dispensa do trabalho por sete dias consecutivos acarreta a nulidade do aviso, pois frustra a intenção legal e deve ser considerado como se não tivesse sido concedido. Da mesma forma, é ilegal substituir o período da redução da jornada pelo pagamento de horas extras, sendo devido, neste caso, novo aviso prévio, pelos mesmos fundamentos acima – Súmula 230 do TST.

Todavia, muitas iniciais trabalhistas postulam o pagamento das 2 horas não concedidas como extras seja porque desconhecem o Súmula 230 do TST, seja porque o empregado já obteve novo emprego, não pretendendo novo aviso prévio. Apesar da regra geral ser de nulidade do pré-aviso concedido sem a redução de jornada, não se pode premiar o empregador que cometeu a infração. Nestes casos, entendemos que o julgador deve condenar o empregador nas horas extras. Não se está pretendendo com esta tese regularizar uma ilegalidade, mas tentar conceder ao trabalhador aquilo que mais lhe interessa.

5.4. Integração ao tempo de serviço do aviso prévio indenizado

Muito se discutiu na doutrina e na jurisprudência a respeito da integração do aviso prévio indenizado, mesmo diante da clara dicção legal contida na parte final do art. 487, § 1º, da CLT. Os defensores de sua integração argumentam que se trata de um período de interrupção do contrato de trabalho, devendo, portanto, ser somado a este. Também entendemos desta forma. O fato de o empregado obter novo emprego no curso do aviso prévio indenizado não obsta, por si só, a tese, pois

se trata também de uma ficção jurídica. A alegação de duplo contrato de emprego num mesmo período é frágil diante da determinação legal.

Os opositores da integração do aviso indenizado ao tempo de serviço explicam que não existe salário sem trabalho, logo, a paga é substitutiva de dano e, por isso, se caracteriza em indenização, não se computando no tempo de serviço, tal como acontece com a indenização contida no art. 479 da CLT.

5.5. Empregado rural

Para o empregado rural a regra é diferente, pois não tem o direito de reduzir 2 horas por dia, mas sim de não trabalhar um dia por semana, sem prejuízo do salário – art. 15 da Lei 5.889/73.

A diferença de tratamento se explica porque o rural normalmente trabalha em local muito distante dos centros urbanos, local onde procura empregos. O deslocamento, na maioria dos casos, se dá no lombo de um cavalo ou a pé, o que demanda mais tempo que os transportes utilizados nos meios urbanos.

5.6. Doméstico

Por força do art. 7º, parágrafo único, da CRFB, o doméstico passou a ter direito ao aviso prévio nos mesmos casos que o empregado urbano, isto é, nas despedidas imotivadas ocorridas nos contratos indeterminados e nos demais casos legais. O art. 23 da LC 150/2015 é uma reprodução quase perfeita do art. 487 da CLT.

6. AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL

O aviso prévio proporcional ao tempo de serviço criado pelo inc. XXI do art. 7º da Constituição foi regulamentado pela Lei 12.506/2011 e é, no mínimo, de 30 dias, no máximo, de 90 dias.

Tem direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviços o empregado urbano, doméstico e rural.

O aviso prévio será concedido na proporção de 30 (trinta) dias ao empregado que conte com até 1 (um) ano de serviço para o mesmo empregador.

Ao aviso prévio previsto neste artigo, serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado para o mesmo empregador, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.

7. CONTRATO A TERMO

O aviso prévio não é devido em terminações normais do contrato a termo; em extinções

antecipadas do contrato a termo; e em terminações por justa causa e culpa recíproca, também antes do termo final. Se, entretanto, existir cláusula assecuratória de rescisão antecipada e esta for utilizada, será devido o aviso prévio – art. 481 da CLT c/c a Súmula 163 do TST.

8. CONTRATO INTERMITENTE E DISTRATO

Na extinção do contrato intermitente (art. 452-E da CLT) é devido o aviso prévio, sempre indenizado, pela metade, salvo nos casos de justa causa do empregado e empregador.

No distrato também é devido o aviso prévio indenizado pela metade (art. 484-A da CLT).

9. CABIMENTO

Mesmo nos casos de cessação da atividade econômica, fechamento da empresa, aposentadoria compulsória, falência ou extinção da empresa – Súmula 44 do TST e rescisão indireta.

Entendemos que o trabalhador tem direito ao aviso prévio toda vez que a terminação do contrato por prazo indeterminado for de iniciativa do empregador, pois a finalidade do aviso prévio é permitir que a parte que não tomou a iniciativa da ruptura, logo, inocente, tenha tempo para procurar novo emprego.

O aviso não é devido nos casos de terminação do contrato a termo (normal ou antecipada), pedido de demissão (salvo no trabalho intermitente – art. 452-E da CLT) ou qualquer extinção de iniciativa do empregado, justa causa e morte do empregador pessoa física, este por aplicação analógica do art. 483, § 1º, da CLT. Da mesma forma, o falecido empregado não necessita conceder aviso prévio ao empregador, quando a causa da extinção do contrato foi exatamente a sua morte (equipara-se a um pedido de demissão sem necessidade de pré-aviso, acrescido da faculdade de levantamento do FGTS e do PIS), o mesmo acontece quando a causa da extinção é a morte do patrão pessoa física.

No caso de força maior não é devido o aviso prévio, pois o empregador não poderia prever o evento.

Se a extinção do contrato decorre de falência é devido o aviso prévio. Entretanto, há tímida corrente em sentido contrário.

Quando a extinção decorre de aposentadoria que extingue o contrato também é devido o aviso.

A mesma discussão existia antes do acréscimo do § 4º ao art. 487 da CLT, pois a doutrina era vacilante se era ou não devido o aviso nos casos de despedida indireta. A lei estancou a dúvida determinando o seu pagamento.

Na hipótese de culpa recíproca, extinção do contrato do intermitente ou por distrato, o aviso é devido pela metade – Súmula 14 do TST.

10. AVISO PRÉVIO INDENIZADO

O aviso prévio pode ser trabalhado pelo empregado ou indenizado pelo empregador quando o dispensar do trabalho. Neste caso é pago em pecúnia na rescisão. O empregado também pode preferir indenizar o empregador pelo período não trabalhado.

A ruptura do contrato pelo empregado dá ao empregador o direito de descontar dos salários ainda não pagos ou das parcelas resilitórias devidas o valor de um salário. A compensação pode se dar com qualquer outra parcela de natureza trabalhista – art. 477 da CLT.

É controvertida a **natureza jurídica** do aviso prévio indenizado. Para a jurisprudência majoritária o aviso prévio indenizado terá natureza salarial, projetando-se, inclusive, no FGTS – Súmula 305 do TST.

Mesmo quando indenizado, o aviso prévio se incorpora ao tempo de serviço para alguns fins, como se o período tivesse sido, de fato, trabalhado – art. 487, § 1º, da CLT, caracterizando-se em interrupção do contrato de trabalho. Tal período é computado, inclusive, para contagem da prescrição e baixa na CTPS – OJs 82 e 83 do SDI-I do TST e deve ser acrescido para cômputo das demais parcelas.

11. ESTABILIDADE

A jurisprudência adotou a tese de que no período do aviso prévio não se adquire estabilidade – Súmulas 369, V, e 371 do TST, salvo a gestante e mãe adotiva (art. 391-A e parágrafo único da CLT). Não podem candidatar sua candidatura ao cargo de dirigente sindical (Súmula 369, V do TST) ou ao cargo de representante dos empregados nas empresas com mais de 200 empregados, os trabalhadores que estão no período do aviso prévio (art. 510-C, § 2º, da CLT).

Se o empregado for portador de estabilidade, o empregador deve esperar expirar todo o período de garantia de emprego para, só após conceder o pré-aviso, pois os dois institutos são incompatíveis entre si – Súmula 348 do TST.

12. PARCELAS QUE INTEGRAM O AVISO PRÉVIO INDENIZADO

Todas as parcelas habitualmente pagas nos últimos doze meses de vigência do contrato devem se projetar no aviso prévio indenizado, tais como horas extras, adicionais, gratificações etc., salvo quanto se tratar de gorjeta ou de paga indireta que não integra o cálculo do aviso prévio – art. 477 da CLT c/c a Súmula 354 do TST.

Se sobrevier reajuste salarial concedido por norma coletiva na vigência do período do aviso prévio, trabalhado ou não, o empregado fará jus ao salário reajustado, bem como às diferenças das demais parcelas pagas na rescisão – art. 487, § 6º, da CLT.

As horas extras habituais integram o cálculo do aviso prévio – art. 487 § 5º, da CLT c/c a Súmula 172 do TST. Todavia, as gratificações semestrais, por eventuais no ano, não integram o pré-aviso – Súmula 253 do TST.

13. JUSTA CAUSA

Durante o período do aviso prévio a parte que praticar falta grave pode punir a outra – arts. 490 e 491 da CLT. Se no curso do aviso prévio o empregador praticar falta grave, pode o trabalhador afastar-se do emprego sem que isto importe em outra falta. Neste caso, o patrão deverá pagar o salário correspondente ao restante do período, além das parcelas da rescisão.

Se, entretanto, foi o empregado que cometeu a justa causa no período do pré-aviso, além de se afastar imediatamente, perderá o direito a receber os salários do restante do período e as parcelas devidas em função da despedida imotivada, recebendo apenas as parcelas cujo direito já adquiriu – Súmula 73 do TST.

Não cabe a aplicação do abandono de emprego no período do aviso prévio de 30 dias, pois para que este reste configurado é necessário o transcurso de mais de 30 dias de faltas injustificadas reiteradas e consecutivas, o que não poderá ocorrer, pois o aviso prévio é de 30 dias – Súmula 73 do TST. Exceção a essa regra pode ocorrer quando o pré-aviso for superior a 30 dias.

RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO – JUSTA CAUSA

1. PODER DISCIPLINAR

É o empregador quem escolhe os melhores rumos do empreendimento correndo todos os riscos dos atos praticados. Por este motivo dirige a prestação de serviços de seus empregados. O poder disciplinar decorre do **poder diretivo**, facultando ao empregador aplicar punições ao empregado quando este descumprir o contrato de forma a abalar a relação existente entre eles. Três são os tipos de punições e a aplicação destas fica sob o crivo do empregador: repreensão ou advertência, suspensão e justa causa.

Ao juiz não é dado o condão de **graduar a pena**, pois não é o detentor do poder disciplinar, nem vivenciou aquela relação. Resta ao Judiciário manter ou elidir a penalidade aplicada.

2. PUNIÇÕES DISCIPLINARES

2.1. Advertência

A advertência, admoestação, censura ou repreensão, pode ser oral ou escrita e visa punir faltas leves e reprimir que aconteçam novamente. A lei não a prevê expressamente, nem precisaria, pois é ínsita do poder de disciplinar. Quando for escrita, o empregado deverá assinar o instrumento de ciência da punição, que apenas serve como prova do comportamento do empregado. Se houver recusa, o empregador poderá se utilizar de testemunhas presenciais para certificarem, não só que o empregado foi repreendido, mas também que se recusou a assinar a comunicação. Há quem defenda que a censura ou advertência não se caracteriza em penalidade, e sim em mera notificação ou comunicação de punição futura.

2.2. Suspensão

O empregador pode suspender o empregado quando este praticar faltas mais graves. Não tão graves a ponto de acarretar a resolução do contrato e nem tão leves a ponto de ensejarem uma repreensão. Durante o período da suspensão disciplinar o empregado não recebe o salário – suspensão contratual. A suspensão disciplinar não poderá ser superior a 30 dias consecutivos, sob

pena de rompimento do contrato sem justa causa, como se fosse uma dispensa imotivada – art. 474 da CLT.

2.3. Justa causa

É a penalidade máxima e só deve ser aplicada quando o empregado praticar uma falta muito grave ou descumprir grosseiramente o contrato, seja por ação ou por omissão. Torna desaconselhável o prosseguimento da relação de emprego, ferindo de morte a fidúcia inerente à manutenção do ajuste.

A maioria dos estudiosos diferencia a justa causa da falta grave. Para alguns, a falta grave é praticada apenas pelo empregado estável, os demais praticam justas causas motivadoras do rompimento do contrato. Baseados neste parâmetro, outros informam que a falta grave é a justa causa de superior intensidade, logo, só aplicada aos estáveis. A jurisprudência não distingue as duas nomenclaturas, empregando-as como sinônimas.

Os fatos a serem punidos não podem extravasar os contornos fixados em lei, logo, os tipos são taxativos.

2.4. Tipos

As faltas previstas no ordenamento jurídico passíveis da punição máxima são:

Art. 482 da CLT;
Art. 240, parágrafo único, da CLT – ferroviário que se recusa a fazer horas extras nos casos de urgência e acidente;
Art. 15 da Lei 7.783/89 – prática de ato faltoso durante o movimento grevista;
Art. 158, parágrafo único, da CLT – não utilização do EPI – equipamento de proteção individual;
Art. 433, II da CLT – aprendiz quando comete falta;
Art. 7º, § 3º, do Decreto 95.247/87 – vale-transporte – declaração falsa ou uso indevido – legalidade discutida porque extravasa os limites da lei;
Art. 23, parágrafo único, do Decreto 73.626/74 – rural incapacitado em razão da idade – ilegal, porque extrapola a lei, e inconstitucional porque discrimina o trabalhador em razão da idade.

2.5. Requisitos para aplicação regular da justa causa

a) imediatidade ou atualidade;
b) proporcionalidade entre a falta e a punição;
c) *non bis in idem;*
d) não discriminação;
e) gravidade da falta;
f) teoria da vinculação dos fatos ou dos motivos determinantes da punição;
g) não ocorrência de perdão tácito ou expresso.

a) Imediatidade

A punição tem que ser atual, pois o transcurso do longo tempo entre a falta e a penalidade acarreta a presunção de perdão tácito. Ressalte-se que não se trata de concomitância e sim de contemporaneidade, pois a imediatidade está vinculada à rápida punição contada a partir da ciência do fato e da autoria do ato inquinado.

Assim, se o empregador descobre, após uma auditoria interna, que um empregado desviou grande importância em dinheiro no ano anterior, ainda assim pode puni-lo, porque só tomou conhecimento da falta e da autoria desta após a auditoria.

A rapidez na punição deve ser avaliada de acordo com cada tipo de empregador e a complexidade burocrática que cada empresa exige para processar uma dispensa por justa causa. Normalmente, quanto maior a proximidade entre empregado e empregador, mais rápida deverá ser a punição, para que não se caracterize em perdão tácito. A *contrario sensu*, quando o empregador for a Administração Pública ou se tratar de uma empresa de grande porte, com procedimentos complexos e burocráticos, o critério de avaliação da imediatidade deve ser mitigado.

> **Ex.:** Não se pode comparar o caso do empregado Joaquim que trabalhava na Padaria do Sr. Manoel, quando foi flagrado furtando dinheiro pelo próprio patrão, com a hipótese do empregado público que foi surpreendido, pelo chefe do setor, furtando material da empresa pública. Enquanto aquele patrão pode demitir o Joaquim por justa causa oralmente, isto é, ato contínuo, imediatamente, o chefe do setor público tem que comunicar o ocorrido ao chefe do departamento, que repassa a recomendação de dispensa por justa causa ao departamento jurídico, que avalia e repassa ao departamento de pessoal de maior hierarquia da empresa. Por fim, o departamento de pessoal avalia a situação, ratifica a possibilidade de dispensa por justa causa e encaminha a ratificação da proposta de dispensa à diretoria. Após todos estes atos, algumas vezes, ainda há necessidade de publicação no Diário Oficial. Só a partir daí é possível a terminação do contrato por justa causa. Percebemos que no primeiro caso a

imediatidade significou quase uma concomitância entre a falta e a punição, enquanto no segundo caso ocorreu contemporaneidade, pois o lapso temporal foi muito maior, podendo demorar de 1 a 6 meses o procedimento resolutório.

O que é importante para se apreciar a imediatidade ou atualidade entre a falta e a punição é que o empregador inicie de imediato (a partir do conhecimento da falta) o procedimento de dispensa.

b) Proporcionalidade entre a falta e a punição

Para faltas leves devem ser aplicadas punições brandas. Para faltas graves punições mais rigorosas. Como regra geral só há três punições permitidas pela doutrina e jurisprudência: advertência, suspensão e justa causa. A CLT só menciona as duas últimas. Apesar de não se referir à advertência ou repreensão, a doutrina e a jurisprudência já consagraram o direito do empregador em aplicar esta punição. Já estudamos a matéria no tópico acima.

A justa causa é a pena máxima e por isso não pode ser aplicada levianamente. Deve ser robustamente provada. Não pode ser anotada na CTPS, nem nos registros funcionais do empregado, sob pena de dar ensejo ao dano moral – art. 29, § 4º, da CLT. Não pode ser divulgada, pois a reputação profissional do trabalhador é seu maior bem jurídico e desta depende sua recolocação no mercado.

O poder disciplinar é inerente ao empregador. Só ao empregador é permitido avaliar a melhor penalidade a ser aplicada em cada caso. Se, entretanto, houver abuso, caberá ao Judiciário a elisão da pena.

c) *Non bis in idem*

Não se pode punir duas vezes a mesma falta, sob pena da última ser elidida. Para cada falta nasce para o empregador o direito de aplicar apenas uma punição. Porém, poderá o empregador despedir o empregado por justa causa por diversas faltas perpetradas pelo empregado.

Assim, se o empregador advertiu o empregado por estar embriagado em serviço no dia 3/5/2017 não poderá, por esta mesma falta, suspendê-lo. Da mesma forma, se pelo furto praticado o empregador suspendeu o empregado, não poderá mais tarde aplicar a justa causa.

Não se considera dupla penalidade o fato do empregador descontar do salário os dias referentes às faltas injustificadas que levaram ao abandono ou a desídia. Da mesma forma não se considera dupla penalidade a faculdade que o empregador possui em descontar do período de férias as faltas que o empregado teve no período aquisitivo e, por este motivo, demitir o trabalhador por desídia. O desconto dos dias não trabalhados, o desconto dos danos causados; a redução dos dias de férias; a perda da remuneração do RSR por impontualidade ou faltas são faculdades que o legislador concedeu ao empregador e, por isto, não se relacionam e independem da pena disciplinar que poderá ser aplicada. Ademais, a lei trata destas faculdades em artigos e títulos diferentes das penalidades

disciplinares.

d) Não discriminação

Não pode o empregador punir de forma diversa empregados que praticaram a mesma falta praticada em coautoria. Não se trata de faltas iguais praticadas por empregados diferentes em momentos distintos. Aqui a palavra "mesma" significa que houve prática de um único ato faltoso em coautoria, isto é, em que vários empregados participaram em sistema de cooperação. Neste caso, a punição a ser aplicada tem que ser idêntica para todos, sob pena de se discriminar aquele que teve a punição mais severa.

A doutrina é vacilante quando as faltas são iguais ou parecidas, mas praticadas por empregados distintos, sem conluio entre eles. Neste caso devem ser feitas algumas ponderações. Se é praxe da empresa o perdão tácito ou expresso de algumas faltas, não poderá o empregador, abruptamente, sem prévia comunicação, punir um determinado empregado por ter praticado falta igual àquela que todos sempre cometeram sem qualquer punição. Não se está aqui pregando que o empregador jamais poderá punir faltas graves que vinham sendo cometidas e que eram tacitamente perdoadas por um preposto incompetente, por exemplo. Não. No momento que o patrão desejar fazer valer seus direitos de resolver o contrato por justa causa para acabar com aquelas burlas constantes, deverá circular comunicado de que aquela prática não mais será permitida, informando que aquele que persistir será severamente punido.

Na verdade, o intérprete deve estudar criteriosamente cada caso para não praticar injustiças.

e) Gravidade da falta e apreciação da gravidade

A falta que enseja a aplicação da pena máxima da justa causa tem que ser muito grave, tão grave a ponto de tornar insuportável a continuidade da relação de emprego. A infração que justifica a resolução do contrato por justa causa não torna impossível o prosseguimento do contrato, pois este fato só ocorre nos casos de força maior. Na verdade, a falta grave implica na quebra da confiança, da fidúcia ínsita do contrato de trabalho e, por isso, torna desaconselhável a continuidade do contrato.

Todavia, a apreciação da falta do trabalhador deve ser avaliada em cada caso de forma concreta, isto é, levando-se em consideração a personalidade do agente, a intencionalidade, os fatos que levaram o empregado à prática daquele ato, a ficha funcional pregressa, as máculas funcionais anteriores; a época; o critério social etc.

> **Ex.:** Três empregados coincidentemente faltaram 10 dias consecutivos ao trabalho sem apresentarem qualquer justificativa à empresa. O primeiro tinha apenas 8 meses de trabalho e sua ficha funcional apontava diversas faltas anteriores punidas com advertências e suspensões. O segundo contava com 5 anos de serviço e tinha uma advertência e uma suspensão anterior. O terceiro empregado tinha 10 anos de serviço e nunca havia faltado de forma injustificada antes do ocorrido. O primeiro foi demitido por justa causa, pois seu

comportamento demonstrava sua negligência pelo serviço – desídia. O segundo foi suspenso, pois era bom empregado, mas já tinha punições anteriores pelo mesmo motivo. O terceiro sequer foi advertido, porque seu bom desempenho, dedicação e diligência ao trabalho não permitiram a punição.

f) Teoria da vinculação dos fatos ou dos motivos determinantes da punição

A teoria dos motivos determinantes cinge-se ao fato de que a punição imputada decorre da prática de determinado ato faltoso do empregado. Via de consequência, as demais faltas não punidas foram perdoadas, não podendo o empregador, mais tarde, tentar incluí-las naquela punição. Uma vez identificada a falta que ensejou a penalidade máxima, não poderá o empregador incluir ou substituir por outra.

Ex.: empregador demite o empregado por excesso de faltas. Mais tarde, em juízo, o excesso de faltas não é comprovado, mas resta configurada a improbidade por furto. Como a dispensa por justa causa, no exemplo, ocorreu por excesso de faltas injustificadas – desídia –, não poderá o ex-patrão justificar que a dispensa se deu também por furto, nem o juiz a acolher por outro motivo.

g) Não ocorrência de perdão – expresso ou tácito

Configura perdão expresso aquele em que o empregador desculpa formalmente o empregado. Perdão tácito refere-se ao ato praticado pelo empregador incompatível com a punição que deveria aplicar pela falta cometida, de forma que importe na presunção do perdão. Configura perdão tácito a demora na punição, assim como a não punição.

Exs.: Perdão expresso: após cometer a falta, o empregador emite uma circular comunicando aos colegas que perdoou o empregado faltoso. Perdão tácito: após cometer a falta, o empregador promove o empregado faltoso, garantindo-lhe, inclusive, um aumento salarial.

2.6. Estudo de algumas faltas

a) Improbidade

Improbidade significa desonestidade, abuso, fraude, má-fé, má conduta no serviço ou fora dele é o oposto de probidade, e esta por definição é uma noção de moral... Em resumo, haverá improbidade em todo ato que ofenda aquelas normas de moral que, em determinado meio e em determinado momento, a sociedade não tolera sejam violados.

A improbidade abrange todos os casos de atos praticados com má-fé e desonestidade.

b) Mau procedimento

O mau procedimento, hipótese contida na alínea *b* do art. 482 da CLT, define-se pela quebra do

princípio de que os contratos devem ser executados com boa-fé. É caracterizado pelo incorreto procedimento do empregado, pelos excessos que ele comete no trabalho, pelos atos de impolidez, de grosseria, pela utilização de palavras de baixo calão. A doutrina afirma que o mau procedimento é um tipo tão amplo que poderia abranger todas as demais espécies.

c) Incontinência de conduta

Haverá incontinência de conduta quando o empregado levar uma vida irregular fora do trabalho que seja incompatível com a sua condição, função, cargo e *status* que exerce na empresa empregadora de forma a interferir no bom desempenho do serviço e na imagem da empresa.

d) Desídia

A desídia se caracteriza pelo descumprimento das obrigações contratuais de prestação de serviços de forma produtiva quantitativa e qualitativamente e, normalmente, resulta de atos de negligência, de imperícia ou de imprudência. Ocorre quando o empregado executa seus serviços sem exação, sem cuidado ou quando tem excesso de faltas ou atrasos. A desídia reflete o perfil preguiçoso ou negligente de um trabalhador e isso só se percebe por uma síntese de faltas leves sucessivas. É a reiteração da falta que a torna mais grave, e não a falta analisada isoladamente.

e) Abandono de emprego

Configura-se o abandono do emprego na ausência injustificada ou não justificada tempestivamente e sem a permissão do patrão, que ocorra de forma reiterada e sucessiva. O decurso de trinta dias faz presumir a intenção do empregado em abandonar o emprego.

f) Insubordinação e indisciplina

Ato de insubordinação e de indisciplina revela-se quando há violação na obrigação do empregado em obedecer às ordens do patrão.

A insubordinação é a prática intencional ou o não cumprimento deliberado de uma ordem especial e pessoal dada ao empregado pelo empregador ou por um superior hierárquico.

A indisciplina é a desobediência de uma ordem geral que regula a execução do trabalho na empresa.

A insubordinação distingue-se da indisciplina apenas pela amplitude e generalização da ordem. Aquela é dirigida diretamente a um empregado enquanto a indisciplina configura-se em uma ordem geral, dirigida a todos os trabalhadores.

g) Embriaguez habitual ou em serviço

A alínea *f* do art. 482 da CLT contém dois tipos: a embriaguez em serviço e a habitual.

Ocorrerá quando o indivíduo se encontrar em estado ébrio, fora do governo de suas faculdades, decorrente da ingestão de qualquer agente alucinógeno, tóxico ou entorpecente.

A embriaguez em serviço ocorrida uma única vez enseja a justa causa.

A embriaguez habitual relaciona-se com o uso frequente pelo trabalhador, fora do serviço, de

droga causadora do estado alucinógeno. Pode o patrão aplicar a justa causa mesmo quando caracterizado o alcoolismo ou o vício. A jurisprudência majoritária tem equiparado o alcoolismo à doença, afastando a justa causa.

h) Atos praticados durante a greve e greve declarada ilegal ou abusiva

Com o advento da Constituição de 1988 ampliou-se o exercício do direito de greve que, mais tarde, foi regulamentado pela Lei 7.783/89. Os abusos a este direito podem importar em sanções de ordem penal, civil ou trabalhista. Poderá o trabalhador ser disciplinarmente punido pelo empregador quando praticar ato que importe em prática de uma das faltas capituladas no art. 482 da CLT durante a greve.

A simples participação ao movimento grevista não enseja a aplicação de qualquer penalidade, mesmo quando declarada ilegal ou abusiva a greve pelo Judiciário, pois a Constituição garantiu o direito à livre escolha pelo trabalhador de adesão ou não ao movimento grevista – Súmula 316 do STF. Ademais, sendo a greve um fato coletivo que envolve toda a categoria interessada, presume-se o interesse do empregado na adesão ao movimento.

ESTABILIDADE

1. CONCEITO

É o direito que o empregado tem de não ser despedido senão nas hipóteses autorizadas pela lei.

2. CLASSIFICAÇÃO DA ESTABILIDADE

2.1. Quanto à forma

Quanto à forma as estabilidades podem ser absolutas ou reais e relativas.

Absolutas ou reais são as estabilidades em que o empregado só poderá ser dispensado mediante falta grave (motivo disciplinar) ou nos casos em que o estabelecimento ou a empresa se extinguir. **Relativa** é a estabilidade em que o empregado pode ser dispensado por motivos técnicos, financeiros, disciplinares ou econômicos ou por motivos outros que não apenas a justa causa.

São tipos de estabilidades absolutas: decenal, sindical, cooperativa, art. 19 do ADCT, acidente de trabalho, art. 41 da CRFB, membros do CNPS, das CCPs e do CC FGTS. Relativas: membros da CIPA, gestante e aprendiz.

De forma diversa, há quem defenda que a estabilidade absoluta é aquela prevista em lei e, por isso, enseja a reintegração, não podendo ser substituída pela indenização, nem com a concordância do empregado, salvo nos casos legais. Relativa, aquela prevista em norma de ordem privada que pode ensejar tanto a reintegração quanto a indenização em substituição àquela.

2.2. Quanto à duração

Quanto à duração a estabilidade pode ser definitiva ou provisória. **Definitiva** é aquela estabilidade que garante o emprego do trabalhador até a sua morte, aposentadoria (qualquer de suas formas), extinção da empresa, morte do empregador pessoa física ou justa causa, isto é, que não tem duração determinada.

a) São definitivas as estabilidades:

- Decenal – art. 492 da CLT;
- Art. 41 da CRFB;
- Art. 19 do ADCT;

- Contrato – se as partes assim ajustarem.

b) Provisória é a estabilidade que tem duração determinada no tempo.

São provisórias:

- Sindical – art. 543 da CLT e art. 8º, VIII, da CRFB;
- Gestante – art. 10, II, *b*, do ADCT;
- CIPA – art. 165 da CLT e 10, II, *a*, do ADCT;
- Cooperativas – art. 55 da Lei 5.764/71– titulares eleitos;
- Acidente Trabalho – art. 118 da Lei 8.213/91;
- Conselho Curador do FGTS – Lei 8.036/90, art. 3º, § 9º – titulares e suplentes eleitos;
- Conselho Nacional da Previdência Social – Lei 8.213/91, art. 3º, § 7º – titulares e suplent eleitos;
- Comissões de Conciliação Prévia – art. 625-B, § 1º, da CLT – titulares e suplentes – Lei 9.958/2000;
- Não discriminação – Lei 9.029/95, art. 4º – reintegração ou indenização substitutiva;
- Aprendiz – durante o curso de aprendizagem – art. 433 da CLT;
- Comissão de empregados para fiscalização da distribuição e rateio das gorjetas – art. 457 18, da CLT;
- Representantes dos empregados nas empresas com mais de 200 empregados – art. 510-A e ss. da CLT;
- Contrato – se as partes assim ajustaram.

2.3. Quanto à forma extinção por despedida

a) *Ope judicis*

Apenas algumas estabilidades necessitam de inquérito judicial para a apuração da justa causa, ou de um procedimento judicial ou administrativo, nos demais casos a dispensa se opera *ope legis*. Isto porque a lei exige que o empregador ajuíze a correspondente ação ou o procedimento para apurar e provar a justa causa e, quando julgada procedente, o julgador extingue o contrato de trabalho.

Espécies de estabilidades que necessitam de inquérito judicial, ação ou algum prévio procedimento para a resolução contratual de empregado estável: decenal, sindical e membro titular do Conselho Nacional da Previdência Social e Conselheiro das Cooperativas. Os membros do Conselho Curador do FGTS precisam de inquérito sindical. As demais estabilidades não necessitam de inquérito para a resolução contratual, salvo ajuste em contrário.

b) *Ope iuris* ou *ope legis*

A despedida *ope iuris* é aquela que independe de um procedimento formal administrativo ou judicial. A mera declaração de vontade oral ou escrita destinada ao empregado basta para produzir o efeito desejado: extinguir o contrato por justa causa. Decorre da autorização da lei.

2.4. Quanto ao tipo

As estabilidades podem ser personalíssimas ou altruístas. Personalíssimas quando adquirida em função de uma condição especial do empregado: decenal, art. 19 do ADCT, art. 41 da CRFB, acidentado, gestante.

Altruístas são as estabilidades dirigidas aos representantes da coletividade, do grupo. Destinam-se a proteger o representante do grupo das pressões do empregador.

3. REINTEGRAÇÃO

Se o empregado for despedido sem justa causa no curso da sua estabilidade e ajuizar a respectiva ação postulando sua reintegração, mas o juiz demorar para apreciar o pedido, poderá, de ofício, deferir os salários do período, se já exaurida a estabilidade.

Nesse sentido a Súmula 396 do TST:

> **Estabilidade provisória. Pedido de reintegração. Concessão do salário relativo ao período de estabilidade já exaurido. Inexistência de julgamento "extra petita".**
> I – Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego. (ex-OJ 116 da SBDI-1 – inserida em 1.10.1997)
> II – Não há nulidade por julgamento "extra petita" da decisão que deferir salário quando o pedido for de reintegração, dados os termos do art. 496 da CLT.

4. ESPÉCIES

4.1. Estabilidade sindical

4.1.1. Dirigente de associação profissional

A liberdade sindical preconizada pela Constituição permitiu a criação de sindicatos sem a intervenção do Estado, sendo desnecessária a prévia criação de associação profissional, como exigia a CLT. Logo, atualmente os sindicatos não necessitam da autorização do Estado para sua criação e funcionamento, salvo quanto ao controle da unicidade sindical – IN 3/91 da DRT. Via de consequência, não foi recepcionada a estabilidade do dirigente de associação profissional, pois esta

entidade não tem mais os poderes de representação da categoria, hoje só garantidos aos sindicatos.

4.1.2. Dirigente sindical

O empregado eleito para cargo de direção sindical, titular ou suplente, tem estabilidade no emprego desde o registro de sua candidatura e, se eleito, até um ano após o término do mandato, salvo se cometer falta grave devidamente apurada e comprovada em prévio inquérito judicial – art. 543, § 3º, da CLT c/c o art. 8º, VIII, da CRFB c/c a Súmula 379 do TST.

4.1.3. Requisitos para aquisição da estabilidade

A estabilidade sindical visa proteger o dirigente sindical das pressões que pode sofrer de seu patrão em decorrência do exercício do mandato sindical, já que é o principal representante para a categoria obter melhores condições sociais.

Nem todos os dirigentes sindicais têm estabilidade.

A garantia de emprego atinge apenas os empregados eleitos a cargo de administração sindical que representem a sua categoria profissional diante de seu empregador, desde que a entidade sindical tenha comunicado, por escrito, à empresa o registro da candidatura em 24 horas e, se eleito, da sua eleição e posse no mesmo prazo.

A assertiva acima induz o intérprete a cinco fatores importantes.

a) Empregados nomeados ou designados ao cargo de dirigente sindical ou de delegado sindical, estes na forma do art. 523 da CLT, não têm direito à estabilidade em comento. A lei foi expressa quando exigiu como requisito para aquisição da estabilidade a eleição, critério democrático e impessoal – § 4º do art. 543 da CLT c/c a OJ 369 da SDI-I do TST.

b) A administração do sindicato será exercida por uma diretoria constituída, no máximo, de sete e, no mínimo, de três membros e de um conselho fiscal composto de três membros – art. 522 da CLT c/c a Súmula 369, II, do TST.

   Portanto, apenas os dirigentes sindicais eleitos que compõem a administração do sindicato têm estabilidade no emprego. Os dirigentes do Conselho Fiscal não têm estabilidade porque se limitam a verificar as contas, não atuando na negociação coletiva – OJ 365 da SDI-I do TST.

c) Sofre pressão o empregado que, em virtude dos poderes sindicais que possui, pode barganhar de seu empregador melhorias trabalhistas e influir nas negociações coletivas. Desta forma, conclui-se que aquele empregado que não representa sua categoria diante de seu empregador não possui estabilidade no emprego, pois não constitui ameaça ao patrão.

   Ex.: Caixa de um banco é dirigente do Sindicato dos Advogados Empregados do Rio de Janeiro. Pela função que exerce (caixa) conclui-se que seu enquadramento sindical é bancário

– art. 511 da CLT. Logo, as negociações, normas coletivas, greves, ou movimentos de que participar como representante da categoria dos advogados empregados não vão influir nas relações entre seu patrão e a categoria dos bancários. Portanto, não tem estabilidade no emprego – Súmula 369, III do TST.

d) Se o legislador visou proteger apenas os empregados que poderiam ser ameaçados em virtude da representação e dos poderes que possuíam, não estão aí incluídos os empregados, mesmo que eleitos, dirigentes de sindicatos representativos de categoria econômica, pois visam defender o interesse do empregador em contraposição ao dos empregados.
e) O art. 543, § 5º, da CLT determina que a entidade sindical deve comunicar o registro da candidatura do empregado ao cargo de dirigente sindical em 24 horas e, se eleito, em igual prazo, o dia da eleição e posse (Súmula 369, I, do TST).

4.1.4. Exceções

Não tem direito à estabilidade o empregado que registra sua candidatura no curso do aviso prévio – Súmula 369, V, do TST. A jurisprudência tentou evitar o registro intencional (má-fé) para obstar a dispensa já pré-avisada.

Perde a estabilidade o dirigente sindical que aceitar a transferência para localidade diversa da base territorial do sindicato que representa – art. 543, § 1º, da CLT, pois seus poderes sindicais e de representação da categoria estão limitados à base territorial em que antes se encontrava.

A **extinção da atividade empresarial** no âmbito da base territorial do sindicato extingue a estabilidade do dirigente – Súmula 369, IV, do TST. A extinção da empresa ou do estabelecimento costuma extinguir todos os tipos de estabilidade, porque a estabilidade visa proibir o empregador de efetivar dispensas imotivadas, o que não ocorre no caso de morte do empregador ou extinção da empresa. Como garantir o emprego cujo empregador não mais existe? Não seria lógico manter uma estabilidade sem emprego. Apesar deste entendimento ser majoritário, há tímida corrente que defende que, neste caso (extinção da empresa), o empregado deveria receber em pecúnia a indenização substitutiva da estabilidade.

O empregado que deixa de exercer, por qualquer motivo, a atividade ou profissão correspondente à categoria que representava sindicalmente, perde a estabilidade porque não mais pertence àquela categoria profissional – art. 540, § 1º, da CLT.

4.2. Estabilidade da gestante

De acordo com o art. 10, II, *b*, do ADCT a empregada gestante não pode ser dispensada desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

A estabilidade em comento instiga seis questões de relevo:

a) Se o empregador necessita ser comunicado do estado gravídico da empregada.
b) Se a empregada precisa ter conhecimento de seu estado gravídico antes da dispensa.
c) Se esta estabilidade enseja a reintegração ou a indenização.
d) Se a gestação é interrompida por aborto espontâneo ou se a criança nasce morta, como fica a estabilidade da empregada?
e) Se a empregada engravida no curso do contrato a termo, adquire estabilidade?
f) Se a empregada doméstica tem estabilidade?

4.2.1. Conhecimento pelo empregador

O art. 10, II, *b*, do ADCT, que concedeu a estabilidade à gestante, visou evitar que as mulheres fossem demitidas por se encontrarem grávidas, preocupação, aliás, já impressa na lei trabalhista – art. 391 da CLT. Outro cuidado que o legislador constituinte teve ao garantir a estabilidade da gestante, foi o de evitar que a mulher sofresse discriminação pelo estado que se encontrava, evitando o desemprego numa fase em que o rendimento é extremamente necessário. Antes da Constituição era possível o empregador dispensar a gestante com 4 ou 5 meses de gestação, por exemplo, o que causava sérios prejuízos à mulher e à criança.

A gestação é o fato jurídico que faz a empregada adquirir o direito à estabilidade. **A comunicação** é mero requisito da prova do ato e não de substância. Sendo assim, o empregador, mesmo que desconheça o estado gravídico da empregada, não pode demiti-la, porque sua responsabilidade é objetiva.

Da mesma forma a Súmula 244, I, do TST que dispõe que o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, não afasta o direito à reintegração ou ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade.

4.2.2. Conhecimento pela empregada

Dúvida de relevo surge quanto à data do início da estabilidade, uma vez que o art. 10, II, *b,* do ADCT, garante a estabilidade desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

A confirmação a que se refere o texto constitucional é aquela íntima da empregada, feita por exames, atestados ou de forma empírica, isto é, pelo simples funcionamento de seu organismo.

Para alguns o fato de a empregada ter confirmado seu estado gravídico após a ruptura do contrato de trabalho, mas com data de concepção anterior a esta, dá à trabalhadora o direito à reintegração ou salários do período posterior à confirmação, perdendo o direito aos salários do período compreendido entre a dispensa e a confirmação.

Entretanto, a doutrina majoritária se posiciona no sentido de que a empregada terá direito à reintegração ou indenização (salários e vantagens) desde a concepção (se esta se deu no curso do

contrato de trabalho), pois este é o marco inicial da estabilidade, mesmo que a confirmação para a gestante tenha ocorrido após a "dispensa". Este entendimento visa proteger a gestante, independentemente de qualquer outra medida objetiva, como atestados, exames ou comprovações do estado gravídico. Se baseia na responsabilidade objetiva do empregador.

De qualquer sorte, a jurisprudência consagrou que não se adquire qualquer tipo de estabilidade no curso do aviso prévio – Súmula 371 do TST, posição que não defendemos para as estabilidades involuntárias, como a da gestante. Aliás, neste sentido o art. 391-A da CLT, acrescido à CLT em 2013, que garante a estabilidade da gestante, mesmo que sua confirmação (concepção) tenha ocorrido durante o prazo do aviso prévio.

4.2.3. Reintegração ou indenização

A gestante terá direito à reintegração enquanto estiver em curso sua estabilidade – Súmula 244, II, do TST. Após o período estabilitário, seu direito se restringe aos salários e demais vantagens do período.

4.2.4. Interrupção da gravidez

Independente do nascimento com vida da criança ou da interrupção da gestação por aborto espontâneo, tem a trabalhadora estabilidade enquanto estiver grávida. A controvérsia quanto à manutenção da estabilidade surge a partir da interrupção da gravidez (aborto) ou pelo nascimento sem vida da criança.

No primeiro caso (aborto), a doutrina tem aplicado o art. 395 da CLT, garantindo à gestante, além da estabilidade durante a gravidez, o direito ao repouso remunerado de apenas mais duas semanas após o aborto não criminoso, negando-lhe o direito aos cinco meses de estabilidade após o parto.

Entrementes, para os casos em que o filho nasce morto a jurisprudência não tem afinado no mesmo diapasão. Alguns julgados aplicam a norma constitucional, pois entendem que houve parto e este é o fato jurígeno da estabilidade de mais 5 meses. Adotamos esta tese.

4.3. Estabilidade – contrato a termo

O termo final dos contratos a termo não se protrai em virtude da aquisição da estabilidade, pois o que a estabilidade impede é a despedida imotivada. Com o implemento do termo final o contrato morre naturalmente, não havendo dispensa, mas sim extinção normal.

Todavia, este não é o atual entendimento do TST, que garante o emprego à gestante mesmo nos contratos determinados. Logo, o implemento do termo final não rompe o contrato se ainda em curso sua estabilidade – Súmula 244, III, do TST.

4.4. Doméstica

A doméstica tem direito à estabilidade provisória conferida às gestantes, conforme art. 25 da Lei Complementar 150/2015.

4.5. Estabilidade do titular da CIPA

Toda empresa com mais de 20 ou 50 empregados (o número depende da atividade econômica exercida pela empresa) está obrigada a constituir CIPAs – Portaria 3.214/78 c/c o art. 163 da CLT c/c a NR 5.

Ao empregado eleito para cargo de direção de Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (Vice-Presidente) foi garantida a estabilidade no emprego desde o registro da candidatura até um ano após o término do mandato – art. 10, II, *a*, do ADCT. A estabilidade do cipeiro já estava prevista no art. 165 da CLT, mas se estendia a todos os membros eleitos, apenas pelo período do mandato de um ano – art. 164, § 3º, da CLT. Esta estabilidade é relativa, pois o empregador poderá dispensar o empregado, por motivos técnicos, financeiros, disciplinares ou econômicos – art. 165, parágrafo único, da CLT. Não há necessidade de inquérito judicial. Tanto a CLT quanto a CRFB/88 garantiram a estabilidade apenas dos empregados eleitos ao cargo de direção das CIPAs, excluindo, assim, o Presidente, uma vez que este é designado pelo empregador – art. 164, § 5º, da CLT. Antes da Lei Maior era duvidosa a estabilidade do suplente, inclinando-se a corrente majoritária em negar-lhe tal direito – Súmula 339, I, do TST.

Após a Constituição, a doutrina e a jurisprudência adotaram a posição oposta, concedendo estabilidade ao suplente – Súmula 339, I, do TST.

Portanto, após a CF apenas o Vice-Presidente das CIPAs tem estabilidade, pois a CF não recepcionou a CLT na parte que concedia a estabilidade a todos os membros titulares eleitos, pois usou a palavra "empregado" no singular. Em sentido contrário, parte tímida da doutrina, que entende perfeitamente compatível o art. 165 da CLT com o art. 10, II, *a,* do ADCT, defendendo a tese de que todos os empregados eleitos têm estabilidade pelo período do mandato e apenas o Vice-Presidente até um ano após o mandato.

4.6. Estabilidade do acidentado

Consoante o art. 118 da Lei 8.213/91, o empregado acidentado goza de estabilidade de doze meses após a cessação do auxílio-doença acidentário.

4.7. Empregados excluídos

Estavam excluídos do conceito de acidente de trabalho e consequentemente à estabilidade os empregados domésticos. A partir da LC 150/2015, os domésticos passaram a ter direito a tais benesses – arts. 18, § 1º, e 19 da Lei 8.213/91. Entendemos que a partir de então, também estão

atingidos os domésticos pelo art. 118 da Lei 8.213/91.

Os rurais têm direito à estabilidade acidentária – art. 194 da CRFB.

4.7.1. Requisitos

São requisitos para a aquisição desta estabilidade: a) ter ocorrido um acidente de trabalho ou doença a ele equiparado; b) ter o empregado recebido auxílio-doença; c) ter obtido alta médica.

4.8. Acidente de trabalho ou doença ocupacional

Ter sofrido um acidente de trabalho ou adquirido uma doença profissional ou do trabalho tipificada na Lei da Previdência é um dos requisitos para a aquisição da estabilidade. Tanto a doença profissional quanto a doença do trabalho equiparam-se ao acidente de trabalho – art. 19 da Lei 8.213/91.

Considera-se acidente de trabalho aquele que ocorre "pelo exercício do trabalho a serviço da empresa... provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause morte ou a perda ou a redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho" – art. 19 da Lei 8.213/91. Pode ocorrer durante o expediente, no percurso casa-trabalho e vice-versa, nos intervalos para refeição e descanso, nas viagens efetuadas pelo serviço etc. – art. 21 da mesma lei.

4.8.1. Comunicação do acidente

A referida norma legal determina que o empregador deverá comunicar o acidente à Previdência Social até o primeiro dia útil seguinte ao acidente – CAT – art. 22. Na falta de comunicação pela empresa, poderão fazê-lo: o próprio empregado acidentado, seus dependentes, a entidade sindical, o médico que o assistiu ou qualquer autoridade pública.

O fato de o empregador fornecer a CAT já comprova, por si só, que o patrão reconhece o acidente de trabalho ocorrido com seu empregado. Nos demais casos, a prova fica por conta do empregado. Uma vez provado o nexo causal entre o acidente e o trabalho, a responsabilidade do empregador pela estabilidade decorre da lei – art. 22, § 3º, desta lei.

4.8.2. Cessação do auxílio-doença (acidentário)

Para a aquisição da estabilidade é necessário, ainda, que o empregado tenha recebido auxílio-doença acidentário, isto é, que tenha sofrido lesão capaz de afastá-lo do trabalho por, pelo menos, 16 dias consecutivos – Súmula 378, II, do TST. O art. 59 da Lei 8.213/91 preconiza que o auxílio-doença é pago ao empregado que permanecer incapacitado para o trabalho por mais de 15 dias consecutivos, logo, a partir do 16º dia receberá o referido benefício previdenciário.

4.8.3. Alta médica

A estabilidade do acidentado começa a fluir após a cessação do benefício previdenciário, pois enquanto recebê-lo o contrato de trabalho do acidentado estará suspenso. A Lei Previdenciária refere-se ao empregado que se encontre nesta situação (recebendo benefício) como licenciado.

Ressalte-se, como alhures estudado, que durante esta suspensão contratual o empregador está obrigado aos depósitos do FGTS.

Obtida a alta médica, o empregado terá a estabilidade de doze meses.

4.8.4. Constitucionalidade do art. 118 da Lei 8.213/91

Afirmavam alguns que qualquer estabilidade não prevista na Constituição só poderia ser criada por meio de lei complementar, em face do comando contido no art. 7º, I, da CRFB. Não podemos compartilhar desta opinião, uma vez que o inc. I do art. 7º da CF referiu-se aos benefícios genéricos que visassem proteger a despedida arbitrária. Não é o caso, pois esta é uma estabilidade específica dirigida apenas àqueles que sofreram acidente. Assim também a Súmula 378, I, do TST.

4.9. Comissão de empregados para fiscalização da distribuição e rateio das gorjetas

De acordo com o § 18 do art. 457 da CLT, as empresas com mais de 60 empregados devem constituir uma comissão de empregados, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo, para acompanhamento da distribuição e rateio das gorjetas, cujos representantes eleitos têm garantia de emprego. A lei não aponta o período de estabilidade ou do mandato, nem quantos são os representantes estáveis. Portanto, todas estas questões devem ficar a cargo da norma coletiva.

4.10. Representante dos empregados nas empresas com mais de 200 empregados

A Lei 13.467/2017 acrescentou à CLT os arts. 510-A e seguintes da CLT para criar a estabilidade dos representantes dos empregados nas empresas com mais de 200 empregados com a finalidade de promover o entendimento direto entre empregados e empregador. A medida está em consonância com o art. 11 da Constituição e a Convenção 135 da OIT. O Precedente Normativo 86 da SDC do TST já mencionava o direito à estabilidade desses representantes, mas ainda não era vinculativo ou criava qualquer direito. O precedente era mero registro de decisões anteriores em sede de dissídio coletivo.

O número de representantes varia de 3 a 7 empregados eleitos (por estado), de acordo com o número de empregados que a empresa possuir e, se tiver filiais em mais de um estado, será feita a comissão em cada estado.

O art. 510-B da CLT descreve as atribuições desses representantes.

Não poderão se candidatar ao cargo de representante o empregado contratado por prazo

determinado, os que estiverem com o contrato suspenso e os que estão no período do aviso prévio, ainda que indenizado. A eleição será convocada com antecedência mínima de 30 dias antes do término do mandato da comissão anterior, por meio de edital fixado na empresa com ampla publicidade (art. 510-C da CLT).

Não poderá a comissão substituir a função do sindicato de defender os direitos e os interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, hipótese em que será obrigatória a participação dos sindicatos em negociações coletivas de trabalho, nos termos do incisos III e VI do *caput* do art. 8º da Constituição e do art. 510-E da CLT.

O mandato do representante será de um ano, vedada sua reeleição por dois períodos, e sua estabilidade é garantida desde o registro da candidatura até um ano após o término do mandato. A estabilidade é relativa, pois poderá ser despedido por motivos técnicos, financeiros, disciplinares e econômicos.

Essa é uma estabilidade relativa, *ope iuris*, altruísta e provisória.

DIREITO COLETIVO

1. INTRODUÇÃO

As relações de trabalho, individualmente consideradas, são reguladas pelo direito objetivo. Exprimem um padrão previsto de relação jurídica. Na medida em que o processo econômico, no interior do qual se desenvolvem estas relações, é um fenômeno coletivo, comunitário, o modelo de relação de trabalho que melhor harmonize com o processo econômico tende a ser generalizado.

Daí por que as relações de trabalho sempre podem ser consideradas tanto a partir de um plano individual e concreto, dos contratantes reais, em torno de um objeto específico e mediante condições empiricamente constatáveis, quanto de um plano coletivo, abstrato, resultante de uma atitude intelectual de generalização dos aspectos recorrentes nas relações individuais. A percepção coletiva da relação de trabalho fica mais evidente quando a atenção se volta para o período moderno, quando o contratado, diferente do artesão medieval, deixa de ser o proprietário dos meios usados no seu ofício e passa a servir o contratante fora de casa, convivendo com outros trabalhadores em um lugar destinado especialmente para a produção. Nesta nova situação, a dinâmica social levou à organização dos trabalhadores em associações de socorro mútuo e para reivindicações conjuntas, embriões dos sindicatos que logo surgiriam. Este processo ocorre contemporâneo à formação do sistema jurídico tal como conhecemos hoje, assentado em boa medida nos conceitos de "contrato livre", ou civil, pelo menos nominalmente consensual, em substituição ao sistema personalista de obrigações baseadas em *status* e privilégios hierárquicos e de "propriedade como direito real".

A relação de trabalho também passa a exprimir uma modalidade de contrato civil, a *locatio conductio operarum*. Ao mesmo tempo, no continente europeu que nos vincula pela colonização portuguesa, houve uma redução das fontes do direito com a forma escrita incorporando o direito costumeiro e o direito real junto com as fontes romanas e canônicas. A primeira e maior expressão deste movimento de identificação do direito com a fonte escrita é o Código Civil de Napoleão, de 1804. Paralelamente se desenvolve um processo de afirmação dos Estados nacionais territorialmente delimitados, em um fenômeno centrado em uma mudança de sentido do conceito de Constituição que adquire expressão formal e um significado normativo. No curso do século XIX, as lutas travadas por melhores condições de trabalho e as reivindicações coletivas de trabalhadores põem em relevo a dimensão coletiva da relação de trabalho, criando condições, a partir do começo do século XX, para a percepção da singularidade desta relação jurídica, abrindo caminho para a incorporação dos

direitos sociais nas Constituições (primeiro na Constituição da Revolução mexicana, de 1917, depois na Constituição alemã de Weimar, em 1919, ingressando no constitucionalismo brasileiro a partir da Constituição de 1934), para o reconhecimento da autonomia do direito individual do trabalho e para o surgimento de meios judiciais e extrajudiciais de solução de conflitos coletivos.

2. DEFINIÇÃO

O direito coletivo é a parte do direito do trabalho que cuida dos conflitos do trabalho e das formas de solução desses mesmos conflitos coletivos. Trata da organização sindical e da forma de representação coletiva dos interesses da classe profissional e econômica.

3. PRINCÍPIOS

Os princípios de direito coletivo são aplicáveis a todo o processo coletivo, compreendendo desde a negociação coletiva até o sindicalismo. Uma negociação coletiva necessita de bases para orientar os interessados, o procedimento e facilitar a solução nos impasses procedimentais. Os princípios da negociação coletiva destinam-se a formar toda a estrutura procedimental, normatizar ou integrar as regras existentes. Os agentes sociais também necessitam de princípios para orientar a reunião e associação de interesses para fins de representação da coletividade.

3.1. Princípio da liberdade sindical

O princípio da liberdade sindical é a espinha dorsal do direito coletivo representado por um Estado Social e democrático de direito. É um direito subjetivo público que veda a intervenção do Estado na criação ou funcionamento do sindicato.

A Convenção 87 da OIT, não ratificada pelo Brasil, informa que esta liberdade consiste no direito de os empregadores e trabalhadores, sem distinção e intervenção estatal, constituírem as organizações que consideram convenientes, assim como de se filiarem a essas organizações ou delas se desligarem. Por isso, a liberdade sindical possui duas faces: a individual e a coletiva.

Coletiva é a liberdade de o grupo constituir o sindicato de sua escolha, com a estrutura e funcionamento que desejar, com ampla autonomia. A liberdade **individual** pode ser positiva ou negativa. Na positiva estão incluídos os seguintes direitos: a) o direito de os trabalhadores e empregadores se reunirem a companheiros de profissão ou a empresas com atividades iguais ou conexas para fundar sindicatos ou outras organizações sindicais; b) o direito de cada trabalhador ou empregador se filiar a essas organizações e nelas permanecer. Sob a ótica negativa, a liberdade sindical individual abrange: a) o direito de se retirar de qualquer organização sindical quando quiser; b) o direito de não se filiar a sindicato ou outra organização sindical.

Também faz parte da liberdade sindical a pluralidade de sindicatos e sua total independência

perante o Estado. Os sindicatos são os legitimados originariamente para a representação dos interesses do grupo. A Constituição de 1988 determina a participação obrigatória dos sindicatos nas negociações coletivas – art. 8º, VI, da CRFB, ratificando sua importância e indispensabilidade na intermediação dos conflitos coletivos.

Aliás, esta regra já existia na CLT – arts. 857 e 861 – e no Decreto 1.572/95.

A base de sustentação do direito coletivo é o sindicalismo e, por isso, necessário se faz o estudo histórico dos sindicatos.

3.2. Princípio da preponderância do interesse coletivo sobre o individual

O Direito Coletivo se preocupa com a melhoria da condição social do trabalhador. Para tanto, a vontade da maioria prevalece sobre os interesses da minoria. Este critério retrata o princípio da solidariedade social da coletividade conjugado com o da democracia interna, pois a solução é tomada no interesse do grupo, de acordo com o que lhe for, naquele momento, melhor.

Dependendo da solução tomada em nome da coletividade, seus efeitos poderão repercutir no campo social, econômico e político do país.

É possível, em determinadas situações, em nome da manutenção da saúde da empresa, a negociação coletiva tender para a supressão, flexibilização ou alteração de direitos antes garantidos.

A negociação, desde que legitimada, tem autonomia para propor mudanças, fazer reivindicações, concessões e, por exceção, permitir a redução de direitos. Por isso, ela se distingue do direito individual do trabalho, pois não se preocupa com um indivíduo e sim com a coletividade.

O sujeito dessa relação é a coletividade e não um ou outro empregado analisado de forma concreta.

3.3. Princípio da autonomia coletiva ou poder de autorregulamentação

O direito positivo não é de responsabilidade exclusiva do Estado, competindo também aos agentes sociais contribuírem com a construção de normas jurídicas de caráter coletivo, de observância obrigatória no território, como as leis, preenchendo as lacunas legais e melhorando a condição social do trabalhador. Para tanto, os sindicatos representativos das categorias dos empregados e dos empregadores negociam com a finalidade de criarem, alterarem ou suprimirem direitos trabalhistas, normalmente de caráter privado, que irão vincular as partes atingidas pelo convênio coletivo resultante da negociação coletiva.

A negociação coletiva se assemelha à tratativa, proposta e fases preliminares dos negócios jurídicos, uma vez que dependem, para sua solução, da vontade dos negociantes.

3.4. Princípio da busca do equilíbrio social ou da paz social

Por se tratar de lide entre dois agentes sociais com interesses antagônicos, que se chocam –

capital *x* trabalho, com evidente desigualdade jurídica e patrimonial, a negociação coletiva tem como finalidade buscar o equilíbrio destes dois lados desiguais da balança, pondo fim ao conflito e pacificando a coletividade. Ao solucionar o conflito, os interessados restabelecem o equilíbrio social.

3.5. Princípio da adequação ou da adaptação

A finalidade da negociação coletiva é a de adequar os direitos trabalhistas a cada categoria, de acordo com a região, época, situação econômica, empresa, condições de trabalho etc. Deve levar em conta todas as premissas e condições para negociar. Assim, quando uma empresa estiver passando dificuldades financeiras, a finalidade da negociação coletiva será a de reduzir direitos privados antes garantidos à categoria, para evitar as despedidas coletivas. Se o empregador estiver atravessando dificuldades financeiras, ou em processo falimentar, a solução poderá ser a de flexibilizar direitos previstos em lei, como, por exemplo, reduzir salários. Se, por outro lado, as condições financeiras e econômicas do patrão estiverem boas e as de trabalho ruins, a negociação deve buscar melhoria das condições de trabalho, primando pelo aumento das benesses e melhoria das condições sociais do trabalhador.

3.6. Princípio do limite da negociação coletiva ou da adequação setorial negociada

O objetivo da negociação coletiva é o de adequar as relações trabalhistas à realidade enfrentada pelos interessados, que se modifica a cada dia, base territorial, empresa e época. Busca a harmonia temporária dos interesses antagônicos. Assim, é possível a criação de benefícios não previstos em lei, a supressão destes mesmos benefícios ou sua modificação. A negociação irá adequar-se ao campo que encontrar para pauta de reivindicações para retração de direitos. Todavia, excepcionalmente, quando for o caso de comprovada dificuldade econômica, o empregador poderá propor a flexibilização de certos direitos.

As normas coletivas têm ampla liberdade para conceder benefícios superiores aos previstos na lei, mas têm limitações quando desejarem reduzir ou suprimir direitos previstos em lei.[1-2] Este poder está limitado pelos direitos constitucionalmente garantidos aos trabalhadores. O grupo deverá avaliar, em cada caso, o quanto aquela coletividade deve ceder para não perder seus empregos ou ganhos de forma coletiva. O art. 611-B da CLT, acrescido pela Lei 13.467/17, apontou os direitos que não podem ser negociados coletivamente, impondo os limites da negociação. Entendemos que a relação ali apontada não é taxativa, apesar da expressão "exclusivamente" contida no *caput* do artigo, pois não incluiu alguns direitos, princípios e valores constitucionais. Daí ser meramente exemplificativo. Retornaremos ao assunto a seguir.

Na verdade, o art. 611-A da CLT aponta alguns dos direitos que podem ser reduzidos ou

alterados pela negociação coletiva, e o art. 611-B da CLT, a limitação desse poder. Sem dúvida o art. 611-A da CLT permite mais inclusões que o art. 611-B da CLT de limitações. A expressão "entre outros" contida no *caput* do art. 611-A espelha essa intenção do legislador de ampliar ao máximo a flexibilização com finalidade de redução de direitos legais.

A seguir, analisaremos o art. 611-A da CLT e cada um dos seus incisos:

> Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do *caput* do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

O *caput* do art. 611-A da CLT autoriza a ampla **flexibilização**, aumentando o leque de possibilidades de direitos previstos em lei que podem ser reduzidos ou suprimidos. A norma não teve o objetivo de ampliar direitos, pois isso sempre foi possível.

O texto afirma que a enumeração destes direitos nos incisos do artigo é meramente **exemplificativa**. A prevalência do negociado sobre o legislado enfraquece o princípio da indisponibilidade dos direitos legais trabalhistas, assim como derruba o princípio da prevalência da norma mais favorável. Torna os direitos trabalhistas menos públicos e mais privados, transformando a maioria dos direitos contidos na CLT, que não se encontram na Constituição, em direitos disponíveis, de característica privada.

> Art. 611-A, I – pacto quanto à **jornada de trabalho**, observados os limites constitucionais;
> Art. 611-A, II – **banco** de horas **anual**;

Os incisos I e II tratam de jornada de trabalho e de compensação de jornada por banco de horas.

O legislador tratou o banco de horas em inciso diverso da compensação tradicional, como também o fez no art. 59 da CLT, demonstrando que são espécies do mesmo gênero, mas com efeitos diferentes.

A compensação tradicional é aquela em que as partes ajustam os dias que o empregado vai trabalhar além da jornada normal e o(s) dia(s) da correspondente diminuição (compensação). Assim, pode o trabalhador se preparar para o labor extra e para a compensação, pois tem ciência prévia dos horários e dias.

Diversamente é o que ocorre com a compensação por banco de horas, que se traduz num sistema de crédito e débito, se assemelhando a uma conta corrente bancária. Neste tipo de ajuste nem o empregado nem o patrão sabem quando haverá labor extra e quando será a compensação. É aleatório, imprevisível, variável, sem ajuste fixo de horas. Logo, poderá num dia o empregado trabalhar mais 40 minutos para atender os clientes da fila, noutro laborar mais 1h30min para fechar um negócio inadiável; noutro apenas 15 minutos, tudo depende do dia, das demandas, dos clientes etc. Em

contrapartida, todas as faltas, saídas antecipadas e atrasos são abatidos e nos dias de menor movimento o empregado é liberado no meio do expediente ou de véspera, para fins de compensação. O trabalhador fica à mercê da necessidade do seu serviço. Se firmado por acordo individual escrito o limite da compensação será semestral e só poderá trabalhar por até 2 horas. Se autorizado por norma coletiva poderá ultrapassar o limite diário, mas respeitar o ano de aniversário de cada labor extra.

O inciso I do art. 611-A da CLT autoriza a compensação de jornada, sem impor os mesmos requisitos do art. 59 da CLT,[3] observado o limite constitucional.

Logo, poderá a norma coletiva, por exemplo, adotar o regime de compensação de 24 x 120, no sistema 1 x 5, isto é, poderá autorizar os médicos a trabalharem em regime de plantão de 24 horas consecutivas um dia na semana, compensando este excesso nos cinco dias subsequente, além do repouso semanal remunerado. Esta forma de compensação ultrapassa o limite de 2 horas por dia, imposto no art. 59 da CLT e não ultrapassa o limite semanal de 44 horas.

Poderá, por outro lado, o instrumento coletivo autorizar que o empregado trabalhe 10 horas durante dois anos e nos dois anos seguintes trabalhe 6 horas, sempre com o mesmo salário.

Quanto ao banco de horas, estampado no inciso II do artigo em estudo, como já mencionado, o legislador estabeleceu apenas o limite anual. Assim, o ajuste coletivo poderá autorizar o labor de mais duas horas por dia, superando o art. 59 da CLT.

> Art. 611-A, III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

A regra é clara e não há necessidade de maiores explicações. O instrumento coletivo poderá reduzir o período mínimo de intervalo de 1 hora para os que trabalham mais de 6 horas por dia, mesmo que a empresa não possua refeitório (regra contida no art. 71 da CLT), respeitado o limite mínimo de 30 minutos. Ressalte-se que o parágrafo único do art. 611-B da CLT excluiu a jornada e intervalos como espécie de norma de medicina e segurança do trabalho para fins de negociação coletiva.

> Art. 611-A, IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;

Estranha a inclusão da Lei 13.189/15 na CLT, pois de vigência temporária.[4] Por que o legislador incluiria uma lei de vigência temporária numa lei definitiva? A partir de dezembro de 2018 o Programa não mais existirá, salvo nova lei ou medida provisória que o prorrogue.

O objetivo do legislador foi o de autorizar a redução do salário em percentuais superiores ao ali previstos,[5] desde que reduza proporcionalmente a jornada, claro, sem onerar o FAT, pois o inciso

XXIX do art. 611-B da CLT impede a negociação de direitos de terceiros. Assim, poderá a norma coletiva reduzir os salários, por motivo de comprovada dificuldade econômica, em 50%, reduzindo proporcionalmente a jornada, desde que garanta o emprego no período de vigência da norma coletiva, como exige a lei e o p. 3º do artigo 611-A da CLT.

> Art. 611-A, V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

A negociação coletiva poderá apontar quais são os cargos que considera de confiança, com a nítida intenção de excluir esses trabalhadores do Capítulo Da Duração do Trabalho contido na CLT, isto é, das horas extras noturnas e intervalos etc. Com isso, não poderá o Judiciário perquirir se aquela função é de alta confiança, média ou não é de confiança, pois sua intervenção na autonomia coletiva se limita ao exame dos requisitos contidos no art. 104 do CC. Dessa forma, poderá a norma coletiva, por exemplo, apontar que a função de chefe de servente está inserida no inciso II do artigo 62 da CLT, sem a necessidade de percepção de ganho ou gratificação superior a 40% do salário efetivo.

> Art. 611-A, VI – regulamento empresarial;

O instrumento coletivo poderá revogar, alterar e suprimir vantagens anteriormente concedidas aos seus empregados previstas no regulamento ou regimento interno da empresa, excluindo a incidência da Súmula 51, I, do TST, isto é, permitindo a alteração *in pejus* do contrato de trabalho. Logo, afasta-se a aplicação do art. 468 da CLT. Assim, prevalecerá o novo regulamento de empresa que cause prejuízo aos admitidos antes da alteração.

> Art. 611-A, VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;

O objetivo do inciso VII foi o de alterar as regras contidas nos arts. 510-A e seguintes da CLT a respeito da estabilidade do representante dos empregados nas empresas com mais de 200 empregados. Assim, a norma poderá disciplinar o procedimento da eleição de forma diversa; poderá restringir o tempo da estabilidade, o prazo do mandato, reduzir o número de beneficiários pela estabilidade etc. Entendemos que não poderá excluir a estabilidade em si porque a norma visou regulamentar o art. 11 da CF.

> Art. 611-A, VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso e trabalho intermitente;

Pouco espaço restou para a norma coletiva reduzir os direitos do teletrabalhador, pois os arts. 62, III, e 75-A e seguintes da CLT já excluíram vários direitos desse trabalhador. Mesmo assim,

ainda será possível que a norma coletiva discipline regras do teletrabalho para, por exemplo, apontar a responsabilidade do empregado na aquisição e manutenção do maquinário, dispensando o ajuste individual.

A inclusão do sobreaviso no inciso VIII visou eliminar de vez o sobreaviso como tempo à disposição, excluindo seu pagamento ou reduzindo ainda mais, ou apontando situações que não serão consideradas "sobreaviso".

Poderá a norma coletiva alterar as regras contidas nos arts. 452-A e seguintes da CLT para, por exemplo, modificar o prazo de convocação mínima do trabalhador intermitente, fixar o período de inatividade etc. Provavelmente virá para prejudicar ainda mais este trabalhador já tão prejudicado pela reforma trabalhista.

> Art. 611-A, IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

A finalidade do inciso IX foi de retirar a natureza salarial dos sobressalários ou parcelas pagas com base na produtividade ou no desempenho individual do empregado, além de permitir a supressão da integração das gorjetas ao salário, revogando parcialmente o art. 457 da CLT.

Poderá a norma coletiva aumentar o percentual de desconto previsto nos novos incisos I e II do § 6o do art. 457 da CLT e retirar a natureza salarial de qualquer outra parcela, salvo do próprio salário base, com base no caput do art. 611-A da CLT. Logo, o acordo coletivo poderá afirmar que as gratificações ajustadas, de função ou pagas com habitualidade não terão natureza salarial, assim como o adicional noturno ou de transferência; poderá permitir a supressão de sobressalários não previstos em lei etc.

> Art. 611-A, X – modalidade de registro de jornada de trabalho;

Alterar a modalidade de registro da jornada de trabalho não depende de norma coletiva. O empregador sempre pode escolher entre a marcação manual, mecânica, eletrônica ou digital. Logo, despicienda a autorização contida no inciso X do art. 611-A da CLT.

Como o *caput* do art. 611-A da CLT amplia as hipóteses contidas nos incisos, poderá a norma coletiva dispensar o registro diário de ponto e adotar o sistema mensal de *timesheet* confeccionado pelo próprio empregado ou de declaração pelo próprio empregado de quantas horas laborou, ou, ainda, de determinar que os estabelecimentos com menos de 50 empregados estão dispensados de controle de ponto. Esses exemplos não estariam autorizados pelo inciso X, mas sim pelo *caput* do mesmo artigo. Também poderá a norma coletiva afirmar que não será nulo o controle de ponto rasurado. A regra que obriga o patrão ao controle de ponto não está na Constituição e sim no art. 74 da CLT, que pode ser superado por instrumentos coletivos.

Art. 611-A, XI – troca do dia de feriado;

O trabalho do empregado em dia feriado deve ser pago em dobro ou compensado por outra folga, na forma da Lei 605/49, logo, não foi este o objetivo do inciso XI do art. 611-A da CLT. Sua verdadeira intenção foi a de permitir o funcionamento da atividade empresarial em dia feriado, sem a prévia necessidade da autorização da autoridade competente, garantindo ao trabalhador outro dia de descanso para compensar o feriado trabalhado. Poderá também a norma coletiva autorizar que a compensação pelo trabalho em dia feriado ocorra dentro do mês, semestre ou ano, por exemplo.

Outra finalidade foi a de não ser autuado pelos fiscais caso o estabelecimento funcione em dia feriado ou não tenha feito a escala de revezamento determinada pela lei ou por portarias da DRT.

O direito ao repouso remunerado aos feriados não está garantido pela Constituição, logo, poderá a norma coletiva suprimi-lo ou retirar a obrigatoriedade de pagamento pela pausa.

> Art. 611-A, XII – enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho.

A MP 808/17 alterou o inciso XII e revogou o inciso XIII, ambos com a finalidade de garantir a aplicação integral das normas de medicina e segurança do trabalho e proteger a saúde do trabalhador. As alterações eram necessárias, pois a redação anterior contrariava o inciso XVII do art. 611-B da CLT.

Agora a fixação do enquadramento do grau de insalubridade por norma coletiva e a autorização normativa de prorrogação de jornada em locais insalubres, devem respeitar, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho. Estas hipóteses deverão estar previstas no instrumento coletivo baseadas em laudo pericial confeccionado por médico ou engenheiro do trabalho, pois excluem a necessidade de licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho.

> Art. 611-A, XIII – Revogado pela MP 808/17;
> Art. 611-A, XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

O inciso XIV do art. 611-A da CLT pode não só retirar a natureza salarial do prêmio pago com periodicidade superior a duas vezes ao ano (art. 457, § 22, da CLT), como também do prêmio criado para incentivar o trabalhador a aderir ao PDV (adotando a posição majoritária dos julgados), com

ampla quitação, posição que já foi defendida pelo STF.

Art. 611-A, XV – participação nos lucros ou resultados da empresa.

A finalidade do inciso em estudo é a de permitir que as empresas distribuam o lucro aos seus empregados com liberdade e fora dos parâmetros contidos na Lei 10.101/00. Logo, a periodicidade de seu pagamento poderá ser até mensal, desde que isso esteja expresso na norma coletiva.

Outros casos:

Assim, além dos casos supra estudados, contidos nos incisos I a XV do art. 611-A da CLT, é possível, por exemplo, a norma coletiva retirar a natureza salarial de qualquer sobressalário; autorizar a alteração contratual *in pejus*; alterar os requisitos da equiparação salarial para dificultá-la ainda mais; aumentar o limite de horas extras diárias para fins de compensação (como já estudado anteriormente); parcelar em mais vezes o pagamento do 13º salário; parcelar em mais períodos as férias; poderá determinar a inclusão do trabalhador no inciso I do art. 62 da CLT para qualquer tipo de externo; será possível, ainda, alterar o prazo legal ou determinar o parcelamento do pagamento das verbas da rescisão; diminuir a multa prevista pelo atraso no pagamento da rescisão; alterar a data de pagamento dos salários além do 5º dia útil do mês subsequente (garantido o valor do salário mínimo mensal); poderá diminuir o adicional de transferência ou até a sua retirada; será possível revogar estabilidades não previstas na Constituição; aumentar o prazo do contrato de experiência ou de qualquer contrato determinado; permitir mais prorrogações dos contratos determinados etc. Enfim, a negociação coletiva poderá praticar amplas flexibilizações (revogações).

O § 3º do art. 611-A da CLT garantiu uma contrapartida, mas apenas no caso de ser pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada. Nesse caso, a norma coletiva deverá prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo. Assim, também cai por terra a tese do TST de que a retirada de vantagens por norma coletiva só é válida se houver uma contrapartida compensatória. Aliás, o § 2º do mesmo artigo foi expresso neste sentido: "a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico".

Por outro lado, além daqueles descritos no art. 611-B da CLT, não será possível a norma coletiva afastar o vínculo de emprego (art. 611-B, I); reduzir o adicional noturno, insalubre ou perigoso (por serem normas de medicina e segurança do trabalho – art. 611-B, XVII); induzir de qualquer forma os trabalhadores a se associarem, pois fere a liberdade sindical (art. 611-B, XXVI); não será possível ajustar banco de horas com prazo de compensação superior ao ano (art. 611-A, II); etc.

Logo, apesar do vocábulo "exclusivamente" contido no *caput* do art. 611-B da CLT, é claro que a norma não é taxativa, mas sim restritiva, pois esqueceu de impedir que a negociação coletiva que

viole, por exemplo, os direitos da personalidade e liberdades garantidas na Constituição, além dos princípios e valores constitucionais. Não poderá, assim, a norma coletiva violar a dignidade, a intimidade, a privacidade, a honra do trabalhador, determinando, por exemplo, a utilização de uniforme indecente, que exponha as partes íntimas; ou autorizando o monitoramento nos banheiros; não poderá a norma coletiva excluir a responsabilidade extrapatrimonial decorrente da violação de algum bem imaterial contido no inciso X do art. 5º da CF; não poderá a norma coletiva restringir a liberdade do trabalhador, impedindo, por exemplo, seu afastamento do local de trabalho durante os intervalos; ou impedir a contratação ou promoção de algum trabalhador por motivo de crença, etnia, gênero ou orientação sexual etc.

A Lei 13.467/17 dificultou ao máximo a intervenção do Judiciário na negociação coletiva, restringindo as hipóteses de **nulidade das normas coletivas**, limitando sua atuação. Adotou como **princípio a intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva**, dando maior segurança às convenções coletivas e acordos coletivos e aos seres coletivos. Isto está refletido tanto no § 3º do art. 8º como no art. 611-A da CLT, a seguir transcritos.

Apesar da expressão "**exclusivamente**" contida no *caput* do art. 611-B da CLT, por óbvio que há outros vícios capazes de anular a norma coletiva ou uma cláusula contida no instrumento coletivo.

Como visto nos itens recém-estudados, para validade da negociação coletiva e, consequentemente, da convenção coletiva e do acordo coletivo, é necessário observar o art. 612 da CLT (quórum da assembleia ou do estatuto), com ampla divulgação da convocação para a assembleia, registro em ata, bem como os requisitos dos arts. 613, 614, 616 da CLT. Além disso, devem ser observados os princípios, valores e regras constitucionais, sob pena de nulidade da cláusula violadora desse direito, mesmo que ele não esteja expressamente incluído nos incisos do art. 611-B da CLT. Será nula a cláusula redutora do salário se não garantiu a contrapartida legal exigida (garantia de emprego durante a vigência da norma).

Enfim, de fato foi limitado o poder do Judiciário de anular cláusulas contidas nas normas coletivas, o poder de interferir na autonomia coletiva. Entretanto, não é taxativo, como aparenta, o art. 611-B da CLT.

A limitação do juiz não está apenas na análise dos requisitos do art. 104 do CC.

É claro que a medida visou dar garantia e segurança ao empresário que se valeu das normas coletivas para reduzir direitos (flexibilização).

3.7. Princípio da boa-fé ou da lealdade entre os negociantes

A boa-fé nas negociações é requisito fundamental para mútua colaboração e transparência nas tratativas. É necessária uma análise adequada das proposições do adversário, que retrate com fidelidade a situação real da empresa e das necessidades apontadas na pauta de reivindicações dos trabalhadores.

O direito à informação deve ser garantido aos negociantes, para que os trabalhadores tenham a exata noção da contabilidade da empresa e os empregadores dos reais problemas enfrentados pelos empregados.

3.8. Princípio da intervenção obrigatória dos sindicatos

Para a validade da negociação coletiva a lei (art. 8º, III e VI, CRFB c/c o art. 611 da CLT) exige a intervenção obrigatória dos sindicatos, salvo raras exceções, como nos casos de ausência de sindicato da categoria ou recusa nas negociações.

3.9. Princípio da equivalência entre os negociantes

O que se equivalem são os sindicatos, e não os membros da categoria. Em princípio, os sindicatos têm a mesma equivalência jurídica e econômica com igualdade para negociarem.

Os sindicatos são pessoas jurídicas de direito privado, com autonomia financeira e estatuto próprio. Tendo em vista que agem em nome do grupo, atuam com liberdade, sem a pressão ou possibilidade de retaliação por parte do empregador, poupando o trabalhador, que certamente sofreria perseguições, se enfrentasse sozinho a negociação.

3.10.Princípio da atuação de terceiros

Quando as partes não conseguirem, isoladamente, chegar a um consenso, mantendo o impasse nas propostas, os interessados devem ser acompanhados por um terceiro para, intermediando a negociação, aproximar os pontos de vista, diminuir as animosidades, podendo atuar de forma ativa ou passiva, arbitrando ou não a solução. Estes coadjuvantes da negociação deverão ser imparciais, podendo ser escolhidos pelas partes ou impostos pela lei.

Quando a atuação for ativa o mediador deve ser perito ou entendido na matéria, podendo aconselhar e propor soluções compatíveis com a lide.

4. CONCEITO

Os sindicatos nasceram com a finalidade de obter, por meios conflituosos, a melhoria das condições de trabalho e, por via de consequência, de vida. As conquistas dos trabalhadores são conseguidas por meio de negociações coletivas intermediadas ou deflagradas pelos respectivos sindicatos.

Sindicatos são entidades associativas permanentes, que representam, respectivamente, trabalhadores, *lato sensu*, e empregadores, visando à defesa de seus correspondentes interesses coletivos. A lei brasileira define sindicato como associação para fins de estudo, defesa e coordenação de interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores,

empregados, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas. (art. 511, *caput*, da CLT).

4.1. Natureza jurídica e representação do sindicato

O sindicato é pessoa jurídica de direito privado. É uma associação civil sem fins lucrativos, tendo caráter de direito privado revelado por ser criado por iniciativa única dos interessados, constituído e administrado sob a responsabilidade de seus membros e por ter sua finalidade voltada à defesa de seus interesses.

Os sindicatos que representam os interesses dos trabalhadores se organizam, em sua maioria, por categoria, e não por profissão. Explica-se esta atitude ante o paralelismo sindical que deve existir entre a categoria econômica e a profissional, de forma que cada agente social esteja devidamente representado, equilibrando os interesses. A associação de trabalhadores por identidade de situação de emprego ou de empregador foi expressamente adotada pelo art. 511, § 2º, da CLT quando, ao conceituar categoria profissional, incluiu os trabalhadores que se encontravam em situação de emprego na mesma atividade econômica, mesmo que exercessem profissões e funções distintas. A ressalva foi feita à categoria diferenciada – art. 511, § 3º, da CLT, pois estes trabalhadores não serão enquadrados segundo a atividade preponderantemente exercida pelo empregador, como nos demais casos.

De acordo com os arts. 511 e 513 da CLT, **categoria** é o conjunto de pessoas que exerce sua atividade em um determinado setor. Como já visto, o Brasil preferiu adotar o sistema de categoria, em face de sua inspiração no Direito italiano.

Até a Constituição de 1988 as categorias diferenciadas, por importarem exceção à regra geral, deveriam estar relacionadas no quadro de atividades e profissões, como aludem os arts. 570 c/c 577 da CLT, propostos pela antiga Comissão de Enquadramento Sindical e aceitas pelo Ministro do Trabalho. As partes não poderiam, livremente, em virtude de interesses comuns, constituir uma categoria diferenciada. Todavia, esta imposição legal não mais prevalece, ante o disposto no art. 8º, I, da CRFB. Por isso foi extinta a Comissão. Hoje, aquele quadro apenas serve de modelo, pois não pode mais o Estado intervir na formação do sindicato nem na escolha da categoria que pretende representar. Desta forma, uma categoria será considerada diferenciada quando de fato constituir sindicato que não corresponda ao paralelismo simétrico sindical.

O paralelismo sindical importa a existência de um sindicato representativo da categoria profissional para cada sindicato correspondente à categoria econômica. A legislação impõe (art. 534 da CLT) a composição do sistema sindical sob a forma de uma pirâmide, que se compõe do sindicato, em seu piso, da federação, em seu meio, e da confederação, em sua cúpula.

> Art. 534 da CLT: É facultado aos sindicatos, quando em número não inferior a 5 (cinco),

desde que representem a maioria absoluta de um grupo de atividades ou profissões idênticas, similares ou conexas, organizarem-se em federação.

Art. 535 da CLT: As confederações organizar-se-ão com o mínimo de três federações e terão sede na Capital da República.

O sistema sindical acima foi recepcionado pela CF de 1988, na medida em que o inc. II do art. 8º da CRFB, determinou que a organização, em qualquer grau, seja representativa de categoria profissional ou econômica. Quando a CRFB se refere a "qualquer grau" faz menção às instâncias sindicais (sindicatos, federações e confederações).

As **centrais sindicais** são órgãos classistas, que representam e coordenam classes trabalhadoras, para ajudar no diálogo político-econômico. O reconhecimento é conferido às entidades com filiação mínima de cem sindicatos nas cinco regiões do país. Apesar da nomenclatura "centrais sindicais" defendemos que elas não pertencem ao sistema sindical e, por isso, não podem efetuar acordo coletivo, convenção coletiva, homologar rescisão ou negociar coletivamente. O objetivo da Lei 11.648/2008 foi a participação das centrais sindicais na esfera política para orientar os sindicatos e usufruir de parte da contribuição sindical.

O sistema confederativo, a unicidade sindical e a sindicalização por categoria foram mantidos pela CF de 1988. As centrais sindicais não estão organizadas em sistema de monopólio, pois todas representam os trabalhadores (pluralidade), não respeitam o paralelismo sindical e não se organizam por categoria, ao contrário, representam uma classe, a dos trabalhadores. Por isso, defendemos que elas não têm legitimidade sindical para atos típicos e não pertencem ao sistema confederativo sindical. De forma similar atuam os sindicatos dos domésticos, dos servidores públicos e as associações profissionais.

5. CONDIÇÕES E REGISTRO

Com a Constituição de 1988 foi vedada a intervenção estatal na criação e funcionamento dos sindicatos – art. 8º, I, da CRFB. Não poderá mais o Estado determinar as regras de criação, a composição, o quórum de representação para a validade de qualquer ato praticado, salvo o registro no Cartório de Pessoas Jurídicas e o Registro Sindical no Ministério do Trabalho – Instruções Normativas 03/94 e 01/97. Este último requisito foi exigido para que se fiscalizasse a unicidade sindical exigida pela Constituição, impedindo-se que mais de um sindicato com a mesma representação se estabelecesse na mesma base territorial – unicidade sindical.

Não é mais necessária a criação prévia e existência mínima de três anos das associações profissionais para a criação do sindicato, por não ter sido recepcionado o art. 515 da CLT, já que a lei não pode mais estabelecer condições e requisitos para a criação e existência do sindicato, salvo

para salvaguardar a unicidade sindical.

Nesta esteira de raciocínio é crível presumir que também se encontram revogados os arts. 521, 524, 527, 529 até 532, 540, § 2º, e 577 da CLT e outros que importem em intervenção do Estado no funcionamento do Sindicato.

Todavia, foram recepcionados os arts. 511, 519, 520, 522, 534, 545, 558, 570, 578 e 581, § 2º, da CLT.

6. FORMAS DE CUSTEIO: CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS

As contribuições sindicais são as principais fontes de custeio do sindicato e do sistema confederativo. Constituíam-se em um resquício do autoritarismo copiado por nós da *Carta Del Lavoro*, da Itália, época de Mussolini.

Existiam quatro tipos de contribuições sindicais.

6.1. Contribuição sindical (antigo imposto sindical – arts. 578 e 548, a, da CLT) ou contribuição anual obrigatória – revogada pela Lei 13.467/2017

Essa contribuição era compulsória e atingia toda a categoria. Era cobrada no mês de março de cada ano e correspondia a um dia de salário do empregado. Feito o desconto na folha salarial de março, o valor era repassado para o sindicato em abril.

A partir da Lei 13.467/2017 a contribuição sindical compulsória, que antes atingia associados e não associados, foi revogada. Não poderá a norma coletiva ressuscitar esta contribuição ou criar qualquer outra, pois vedado pelo artigo 611-B, XXVI da CLT, que só autoriza a cobrança por norma coletiva com a prévia e expressa anuência do empregado.

Exigir de quem não é associado contribuição sindical como fazia o art. 578 da CLT violava de morte o princípio da liberdade sindical. Por isso, em boa hora foi revoga a imposição.

6.2. Contribuição sindical assistencial ou estatutária

A contribuição assistencial ou estatutária é facultativa e devida apenas pelos associados do sindicato. Destina-se à prestação de serviços acessórios do sindicato, como aqueles destinados a fins recreativos, odontológicos ou médicos, dependendo do que prevê o estatuto. O trabalhador interessado se associa e adere expressamente ao compromisso de contribuir mensalmente em troca dos serviços sociais oferecidos pelo Sindicato, como se fosse um clube.

É criada, prevista e regulamentada pelo estatuto do sindicato ou por assembleia geral, na forma do art. 548, *b*, da CLT, por isso chamada de contribuição **estatutária**.

O estatuto do sindicato pode prever que a contribuição seja mensal, quando também é chamada de **mensalidade**; bimestral ou até anual, pois esta periodicidade será determinada pelo estatuto.

A contribuição **assistencial** é facultativa, pois o desconto depende de prévia autorização do empregado associado. Ademais, ninguém é obrigado a utilizar os serviços sociais do sindicato.

De acordo com o art. 545 da CLT, os empregadores devem efetuar o desconto referente à contribuição estatutária quando notificados pelos respectivos sindicatos e os trabalhadores autorizarem o desconto.

Assim, quando a contribuição assistencial está prevista no estatuto do sindicato, alguns requisitos devem ser preenchidos para que o empregador seja obrigado ao desconto em folha: a) ser notificado pelo sindicato da contribuição sindical estabelecida pelo estatuto; b) comunicar os empregados; c) receber autorização escrita do empregado interessado no desconto.

Com tantos requisitos para cumprir, a contribuição se tornou onerosa e rara, já que a maioria dos trabalhadores negava a autorização.

A melhor saída para o sindicato, ávido em receber a contribuição, era incluí-la na norma coletiva, pois esta também depende de prévia autorização da assembleia sindical geral, requisito exigido pelo art. 548, *b*, da CLT.

Ressaltamos que nenhuma cobrança pode ser feita pelo sindicato compulsoriamente e atingir não associados. A cobrança sempre depende de prévia e expressa autorização do trabalhador.

6.3. Contribuição prevista em norma coletiva assistencial

A contribuição prevista em norma coletiva normalmente apresenta-se com a nomenclatura de "assistencial", pois se destina a contribuir com o sindicato pelos serviços assistenciais prestados (dentário, médico, recreativo etc.). Percebe-se que esta contribuição tem a mesma finalidade da contribuição estatutária, logo, não pode o sindicato cobrar as duas ao mesmo tempo, sob pena de *bis in idem*.

A maioria dos sindicatos informa que esta contribuição se destina a gratificar o sindicato pelos seus préstimos e dedicação na defesa dos interesses trabalhistas da categoria. Todavia, esta dedicação é obrigação legal do sindicato que é criado com esta finalidade. Defender os interesses da categoria é dever legal dos sindicatos, que não podem cobrar por aquilo que estão obrigados a fazer, além da contribuição anual compulsória.

Não há previsão expressa para esta contribuição sindical, salvo para a corrente que adota a tese de que esta também está incluída no art. 548, *b*, da CLT, já que autorizada por norma coletiva que, por sua vez, foi obtida mediante autorização feita por assembleia sindical.

Outros afirmam que o amparo legal para o desconto está no art. 462 da CLT, que autoriza o desconto quando previsto em norma coletiva.

A verdadeira justificativa para a inclusão desta contribuição em quase todas as normas coletivas da atualidade está no fato de que os sindicatos encontraram dificuldade na cobrança da contribuição

estatutária, como explicado acima. Em vez de incluírem no estatuto, de terem de notificar cada empregador desta previsão e aguardar o aceite do empregado, a autorização de desconto prevista em norma coletiva facilita o desconto e ainda isenta o sindicato de ter de notificar o empregador, pois ele deve ter ciência das normas coletivas que pactua. Além disso, a medida estaria autorizada tanto pelo art. 548, *b*, quanto pelo art. 462 da CLT.

Há uma tentativa de abranger os associados e os não associados, sob o argumento de que esta contribuição se assemelhava à **cota de solidariedade**, prevista em outros países, em que todos os empregados têm de contribuir porque solidários aos associados. No entanto, a tese não foi acolhida pela jurisprudência majoritária, que entendeu por aplicar analogicamente o art. 545 da CLT, visão hoje espelhada no Precedente 119 da SDC do TST e na OJ 17 da SDC do TST.

O TST, por meio do Precedente 74 da SDC (cancelado), entendia que o empregado deveria expressamente solicitar a não realização do desconto perante a empresa, até 10 dias antes do primeiro pagamento reajustado. Isto é, caso o trabalhador ficasse em silêncio, o desconto realizado pelo empregador seria válido. Este entendimento era absurdo, pois primeiro autorizava o desconto e depois permitia a oposição, quando, na verdade, o art. 545 da CLT refere-se à autorização prévia.

Apesar de cancelado, na prática, ainda se aplica o precedente *supra*, porque seu texto vem sendo incluído nas normas coletivas. É nula, por abusiva – art. 187 do CC –, cláusula normativa que obriga o empregado a ir pessoalmente "desautorizar" o desconto assistencial previsto em norma coletiva, e que impõe prazo para tal. Normalmente o prazo para o empregado opor-se ao desconto não é amplamente divulgado, é preclusivo, exíguo e esgota-se antes do desconto. Normalmente, o trabalhador só toma conhecimento da contribuição quando "sente" o desconto no contracheque, ocasião em que a oposição está preclusa. Tais medidas são adotadas para aumentar as receitas do sindicato em detrimento do salário do trabalhador.

O art. 545 da CLT não pode ser interpretado para prejudicar os empregados e favorecer os sindicatos.

Adotamos a posição segundo a qual a previsão de desconto deve ser comunicada ao trabalhador e este deve previamente e de forma expressa autorizar o desconto, sob pena de não ser efetuado. A sua manifestação deve ser feita perante o empregador, pois é ele o responsável pelo desconto. Não se admite autorização tácita ou desconto prévio. Depois da Lei 13.467/17, clara ficou a regra que qualquer desconto a título de contribuição sindical só seja feito com a prévia ou expressa autorização do trabalhador.

6.4. Contribuição confederativa

A contribuição confederativa é compulsória, aplicada apenas aos associados e está prevista no art. 8º, IV, da CRFB. Da mesma forma a Súmula Vinculante 40 do STF.

Cabe relembrar que os sindicatos podem organizar-se em federações, desde que a reunião seja

de, no mínimo, cinco sindicatos – art. 534 da CLT. Da mesma forma, as federações podem organizar-se em confederações, desde que com número mínimo de três federações – art. 535 da CLT.

A contribuição confederativa é cobrada diretamente pelas confederações.

A Súmula 666 do STF, assim como a Súmula Vinculante 40 do STF estabelecem que essa contribuição só pode ser exigida dos filiados do respectivo sindicato. Na mesma linha encontra-se o C. TST (Precedente 119 da SDC e Orientação Jurisprudencial 17 da SDC).

7. CONVENÇÃO E ACORDO COLETIVO DE TRABALHO

7.1. Conceito

O acordo coletivo de trabalho é o negócio jurídico extrajudicial efetuado entre sindicato dos empregados e uma ou mais empresas, em que se estabelecem condições de trabalho, obrigando as partes acordantes dentro do período de vigência predeterminado e na base territorial da categoria – art. 611, § 1º, da CLT.

Suas cláusulas são comandos abstratos, gerais e impessoais. Em face disto, a convenção ou o acordo coletivo se assemelham à lei. Nas palavras de Carnelutti, estes instrumentos normativos têm corpo de contrato e alma de lei.

Por sua vez, a convenção coletiva de trabalho é um negócio jurídico extrajudicial pactuado entre o sindicato dos empregados e o sindicato dos empregadores, estabelecendo condições de trabalho para toda a categoria. Também tem vigência temporária e aplicação apenas na base territorial dos respectivos sindicatos – art. 611, *caput*, da CLT.

7.2. Duração, pressupostos e validade

De acordo com os arts. 613 e 614 da CLT para validade do convênio coletivo necessário que: a) seja escrito; b) conste o prazo de vigência (máximo de dois anos); c) a negociação coletiva seja autorizada por assembleia sindical, respeitando o quórum mínimo; d) depósito de uma via do instrumento coletivo na DNT ou no Ministério do Trabalho, bem como fixação na empresa de cópias do ajuste normativo, em local visível. A Portaria 865/95 ratificava estas exigências.

A negociação coletiva não está expressamente prevista no art. 613 da CLT, mas é indispensável para a sua validade.

Em face da vinculação dos contratantes ao negócio jurídico ajustado (*pacta sunt servanda*); do princípio da não alegação de sua própria torpeza e da autonomia sindical, preconizada pela Constituição de 1988, que proibiu o dirigismo estatal nos sindicatos, salvo quanto ao registro sindical, alguns dos requisitos impostos pelo art. 614 da CLT, para validade da norma coletiva, não mais são de relevância, podendo ser tolerada sua falta e validada a norma quando favorável ao trabalhador, uma vez que nas declarações de vontade prevalece a intenção à forma. Logo, mesmo que

não tenha havido o depósito prévio no Ministério do Trabalho para registro e arquivo, ou a afixação da norma em local visível pelos sindicatos ou empresa, se a norma for benéfica ao trabalhador, válida será, pois tais requisitos se destinam à incolumidade da vontade e à publicidade. Quando se destinarem à redução ou supressão de direitos dos trabalhadores, tais requisitos devem ser considerados como da sua substância, da essência, da solenidade do ato.

Todavia, a questão não é pacífica na doutrina e na jurisprudência.

Alguns doutrinadores advogam pela não recepção total dos arts. 612, 613, 614 e 615 da CLT, porque interferem na autonomia sindical e, por isso, violam o art. 8º da CRFB.

Outros, em sentido contrário, defendem que os referidos dispositivos consolidados foram recepcionados e estão plenamente em vigor, por compatíveis.

Defendemos que alguns dos requisitos de validade impostos nos arts. 613 e 614 da CLT são regras de proteção à incolumidade de vontade da maioria e à publicidade da forma, pois não pode o agente alegar sua própria torpeza em seu benefício. Assim, se não for alegado vício de consentimento nem falta de publicidade a norma será válida, desde que escrita, de vigência temporária e representativa da categoria, mesmo quando não preenchidos todos requisitos consolidados. Ora, qual a finalidade de depósito prévio da norma coletiva no Ministério do Trabalho e de sua afixação em local visível que não a publicização das condições ali ajustadas? Como se pode alegar que uma convenção ou acordo coletivo é nulo porque não tem os deveres dos empregados; ou as disposições sobre o processo de sua prorrogação e de revisão; ou, ainda, as normas para a conciliação das divergências ou porque contém algumas rasuras ou adendos (art. 613, V, VI, VII, VIII, parágrafo único, e art. 614 da CLT)?

A norma coletiva entrará em vigor a partir de sua assinatura, pois os requisitos legais acima destacados não impedem a aplicação da vigência prevista no próprio convênio.

A vigência máxima das normas coletivas autônomas (acordo e convenção coletiva) é de dois anos, vedada a ultratividade – art. 614 da CLT. Na prática percebemos ajuste de vigência de um ano. Isto se explica porque as normas coletivas obrigam os contratantes enquanto vigentes. Todavia, é possível sua revisão durante sua vigência (cláusula *rebus sic stantibus*) ou extensão – art. 615, § 1º, da CLT.

A jurisprudência consagrou ser nula a cláusula que determine vigência superior à legal ou vigência indeterminada – OJ 322 da SDI-I do TST.

7.3. Quórum

Em face da autonomia sindical, preconizada no art. 8º, I, da Constituição de 1988, há entendimentos de que está revogado tacitamente o art. 612 da CLT, que exigia quórum mínimo para validade da assembleia e consequente negociação coletiva. Defendem que o quórum a ser respeitado deve ser aquele estipulado nos estatutos dos respectivos sindicatos que têm liberdade para

estipulação. Assim, o quórum deverá obedecer aquele estipulado no estatuto de cada sindicato. Estando as categorias econômica e profissional devidamente representadas por seus sindicatos, o ajuste coletivo efetuado entre elas deve ter validade independentemente dos requisitos legais.

Defendemos que o quórum imposto pelo art. 612 da CLT está vigente, já que tem a finalidade de garantir a representação da maioria pelo sindicato. Visa à proteção e à incolumidade da vontade dos interessados, pois impõe que 2/3 dos associados deliberem a respeito do tema, principalmente depois da Lei 13.467/17 que autorizou a redução ou supressão de direitos desde autorizados pelas normas coletivas (art. 611-A da CLT). Da mesma forma a Orientação Jurisprudencial 13 da SDC do TST, que entende que o art. 612 da CLT foi recepcionado pela Constituição, e a doutrina majoritária, como já mencionado.

Convém relembrar que a convocação para qualquer assembleia deve ser amplamente divulgada – OJs 28 e 35 da SDC do TST.

a) Prorrogação, revisão, denúncia e revogação

De acordo com o art. 615 da CLT:

> **Art. 615.** O processo de prorrogação, revisão, denúncia ou revogação total ou parcial de Convenção ou Acordo ficará subordinado, em qualquer caso, à aprovação de Assembleia Geral dos Sindicatos convenentes ou partes acordantes, com observância do disposto no art. 612.
> § 1º O instrumento de prorrogação, revisão, denúncia ou revogação de Convenção ou Acordo será depositado para fins de registro e arquivamento, na repartição em que o mesmo originariamente foi depositado observado o disposto no art. 614.
> § 2º As modificações introduzidas em Convenção ou Acordo, por força de revisão ou de revogação parcial de suas cláusulas passarão a vigorar 3 (três) dias após a realização de depósito previsto no § 1º.

Prorrogar é o processo pelo qual o prazo de vigência da convenção ou do acordo coletivo é estendido, mantendo as mesmas condições da norma prorrogada.

A matéria merece atenção, pois o § 3º do art. 614 da CLT não autoriza que as partes estipulem vigência superior a dois anos – OJ 322 da SDI-I do TST –, e a possibilidade de prorrogação, mesmo que submetida à prévia aprovação da assembleia (art. 615 CLT) não pode dar vigência a uma mesma norma superior a dois anos.

Por isso, entendemos que a prorrogação só pode ocorrer dentro do prazo máximo de dois anos (art. 614, § 3º, da CLT), sob pena de se perpetuar a norma coletiva, o que fere o princípio da adaptação.

Todavia, há quem entenda de forma diversa, pois admite tantas prorrogações quantas os interessados pactuarem, porque a lei não limita o número de prorrogações.

Revisão é o processo em que os interessados pactuam a alteração total ou parcial da norma coletiva ainda durante a sua vigência. Pode ser para conceder condições mais favoráveis ou não. Se menos favoráveis, a norma estará reduzindo direitos dos trabalhadores, não ferindo qualquer direito adquirido, já que as benesses normativas não se incorporam de forma definitiva aos contratos de trabalho. Para tanto, a revisão tem de respeitar os procedimentos previstos em lei.

A **denúncia** ocorre quando uma das partes notifica a outra de que não vai mais cumprir a norma coletiva. Só extinguirá a obrigação de cumprimento da norma coletiva se a outra parte concordar com a denúncia. Há quem defenda que se a outra parte não concordar, os efeitos são suspensivos até as partes renegociarem, sob pena de o conflito ser decidido por um terceiro (mediador, conciliador, arbitragem ou jurisdição).

A **revogação** ocorre quando as partes, de comum acordo, decidem desfazer total ou parcialmente o ajustado na norma coletiva. Enquanto a denúncia é unilateral, a revogação é bilateral.

Em todos os casos há necessidade de autorização prévia da assembleia, registro e arquivamento na DRT e a eficácia do ato praticado só passa a produzir efeitos três dias após, como determinado pelo art. 615 da CLT.

7.4. Espécies de cláusulas coletivas

Os convênios coletivos podem ter cláusulas normativas, cláusulas obrigacionais e cláusulas de garantia. As cláusulas **normativas** fixam condições genéricas de trabalho para os membros da categoria (ex.: adicional noturno de 40%, adicional de hora extra de 100% etc.) ou reduzem/suprimem direitos. As **obrigacionais** se dirigem às partes formais (sindicatos) criando obrigações entre elas (ex.: contribuição sindical que um sindicato convenente deve repassar ao outro). Por último, as cláusulas de **garantia** se destinam a regular o próprio instrumento coletivo, como vigência, eficácia, duração etc.

A s **cláusulas normativas** podem ser divididas em econômicas, sociais e de adaptação. As **econômicas** dizem respeito às condições de trabalho, criando benesses e vantagens aos trabalhadores (ex.: reajuste salarial, gratificação de função etc.), enquanto as **sociais** representam apoio social aos empregados (ex.: assistência médica, odontológica, creches etc.). As de **adaptação** são as cláusulas que permitem a redução ou supressão de direitos trabalhistas, adequando os direitos dos trabalhadores à realidade econômica da empresa.

7.5. Efeitos das cláusulas coletivas sobre o contrato de trabalho

As cláusulas normativas aplicam-se para todos os membros da categoria, associados ou não associados – art. 611 da CLT.

Enquanto vigentes as normas coletivas as partes convenentes ou acordantes estão obrigadas a cumpri-las, mesmo quando contrariarem a lei.

Após o término da vigência destes convênios, os empregadores não estarão mais obrigados a cumpri-las?

Não há dúvidas de que para os empregados admitidos após o término da vigência da norma, os empregadores não estarão obrigados a tanto. Entretanto, quanto àqueles empregados que receberam as benesses de forma habitual durante a vigência do instrumento coletivo, a doutrina e a jurisprudência não afinavam no mesmo diapasão, pois tais dúvidas cessaram com a Reforma Trabalhista.

Alguns afirmavam, tese que hoje prevalece, mas na época era controvertida, que os benefícios poderiam ser suprimidos em face do término da vigência, pois criados de forma condicional, isto é, enquanto vigente a norma, mesmo que não tenha sido efetuada outra norma posterior. Pensamos desta forma. Para os defensores desta tese, extinta a vigência da norma coletiva os empregadores poderão suprimir as benesses normativas concedidas.

As normas coletivas criam direitos de caráter privado, complementando a lei e propiciando a melhoria da condição social do trabalhador. Os direitos por elas criados têm natureza distinta daqueles concedidos por lei, que se incorporam de forma definitiva aos contratos de trabalho. Em regra, as leis não têm vigência temporária, distinguindo-se, também neste aspecto, da precariedade das normas coletivas.

Ademais, um dos princípios do direito coletivo é o da adaptabilidade das vantagens trabalhistas à realidade econômica da(s) empresa(s), daí o motivo da sua vigência temporária. Assim, quando a empresa estiver bem, com boa lucratividade, os trabalhadores podem obter maiores vantagens, quando seus lucros estiverem pequenos ou comprometidos, os benefícios serão reduzidos e, ainda, quando atravessarem dificuldades financeiras, alguns direitos legais poderão ser flexibilizados (reduzidos). Também sob este ponto de vista, não se justifica, e não se justificava antes da Lei 13.467/17, a incorporação definitiva das cláusulas normativas aos contratos de trabalho, pois impediria as empresas de se adaptarem às realidades econômicas em épocas de crise.

Acresce mais que, as condições mais favoráveis ao operário só se incorporam ao contrato de trabalho quando concedidas de forma habitual e incondicionalmente (princípio da prevalência da condição mais favorável). Não é o caso das normas coletivas, já que suas benesses são concedidas sob condição: a vigência da norma. Nesse sentido, o art. 613, IV, da CLT.

Pelos motivos expostos, defendemos que as cláusulas normativas das convenções e dos acordos coletivos, assim como as das sentenças normativas, só integram o contrato de trabalho durante a vigência da norma. Extinta esta, mesmo que outra não seja ajustada, as benesses podem ser suprimidas, salvo quanto ao reajuste salarial concedido, já que o salário não pode sofrer redução (art. 7º, VI, da CRFB), a menos que outra norma coletiva o faça. Hoje, a não incorporação definitiva

das benesses normativas nos contratos de trabalho está no art. 614 da CLT, alterado pela Lei 13.467/17. Portanto, a controvérsia não mais existe.

Todavia, a questão era tormentosa antes da Reforma trabalhista e, por isso, desafiava outras posições.

Havia quem defendesse que o direito criado pela norma coletiva se incorporava ao contrato de trabalho do empregado e não poderia mais ser suprimido, mesmo após a expiração do prazo de vigência da norma coletiva. Apontavam o art. 468 da CLT e o direito adquirido como embasamento da tese.

Em uma terceira posição, autores sustentavam a **ultratividade** das cláusulas normativas. Isso significava que a benesse criada pela norma coletiva vigoraria para aqueles empregados até que outra norma coletiva expressamente a modificasse ou a suprimisse. Aliás, este era o entendimento da Súmula 277 do TST, que foi superada pela nova redação do art. 614 da CLT, alterado pela Lei 13.467/17. A partir de então a ultratividade está proibida.

7.6. Peculiaridades do acordo coletivo

O acordo coletivo é muito utilizado para atender demanda local, decorrente de um conflito entre determinada(s) empresa(s) e seu pessoal.

Os empregados serão representados pelos seus sindicatos que estão legitimados para tanto, desde que provocados, na forma do art. 617 da CLT.

O art. 617 da CLT concede legitimação extraordinária ou substitutiva para a atuação das Federações, Confederações e dos próprios trabalhadores para prosseguirem nas tratativas do acordo coletivo, no caso de o sindicato estar desinteressado na negociação. A lei não se refere ao sindicato inexistente e sim ao desinteressado, salvo o disposto no § 2º do art. 4º da Lei 7.783/89. Isto se explica porque o legislador não quis bloquear as vias negociais.

Enquanto as convenções coletivas são ajustadas para toda a categoria, necessitando do quórum de seus associados (apenas os associados votam), o acordo coletivo é pactuado para obrigar determinada(s) empresa(s), aplicando-se a todos os seus empregados (salvo os pertencentes à categoria diferenciada). Todos os empregados, associados ou não (chamados pela lei de "interessados" – art. 612 da CLT), têm direito a voto, diferenciando-se da assembleia convocada para as convenções coletivas.

Os empregadores agem diretamente, sem a intervenção sindical, na forma do art. 611, § 1º, da CLT. Esta regra continua vigente, pois não colide com o art. 8º, VI, da CRFB, que exige a participação dos sindicatos nas negociações coletivas, já que o acordo coletivo obriga a empresa acordante e não o sindicato da categoria econômica.

A partir da Lei 13.467/17 o acordo coletivo prevalece sobre a convenção coletiva, mesmo que contenha normas menos favoráveis aos trabalhadores.

7.7. Conflito entre acordo e convenção coletiva

Havendo conflito entre acordo coletivo e convenção coletiva, antes da Lei 13.467/17, deveria ser aplicada a norma mais favorável ao trabalhador segundo o critério da teoria do conglobamento – art. 620 da CLT. Entretanto, esta regra foi modificada pela Lei 13.467/17 para determinar a prevalência, em qualquer caso, do acordo sobre a convenção coletiva.

7.8. Legitimados

De acordo com o art. 611 da CLT, apenas os sindicatos podem celebrar convenção coletiva. As Federações e Confederações só podem agir quando inexistir, naquela base territorial, sindicato, isto é, apenas nos casos de categoria inorganizada. Essa legitimação extraordinária ou subsidiária concedida às entidades de nível superior só foi concedida para que elas atuem em favor das categorias não organizadas em sindicatos em sua base territorial. O mesmo não ocorreu com os acordos coletivos, já que para estes o legislador autorizou a atuação das Federações e Confederações no caso de desinteresse do sindicato – art. 617 da CLT.

7.9. Categoria e base territorial

A convenção coletiva tem aplicação a toda a categoria econômica (associados ou não) e profissional (associados ou não), representada pelos sindicados convenentes, aquela base territorial – art. 611 da CLT.

Isto quer dizer que mesmo as empresas não associadas ou que foram criadas após a assinatura da convenção coletiva estão por ela obrigadas, já que o sindicato a todas representa. O mesmo se diga a respeito dos empregados, isso porque a norma coletiva se aplica aos sócios e não sócios do sindicato e para aqueles admitidos após confecção da norma, pois enquanto vigora ela atinge a todos os membros da categoria. Outra não poderia ser a afirmação, pois os sindicatos representam a categoria independentemente de mandato outorgado pelos interessados, já que a lei lhe concedeu tal poder.

O conceito de categoria está estabelecido no art. 611, §§ 1º e 2º, da CLT.

Categoria profissional abrange todos os trabalhadores que trabalhem para um mesmo empregador ou para uma mesma atividade econômica, em face da semelhança de suas condições de vida. Em face do paralelismo sindical para cada sindicato de categoria econômica haverá um correspondente sindicato, paralelo, da categoria profissional. Assim, o sindicato dos estabelecimentos bancários representa a categoria econômica, enquanto o sindicato dos bancários, a categoria profissional (indústria x industriário; comércio x comerciário; petróleo x petroleiros; metalúrgica x metalúrgicos; banco x bancário etc.).

A **categoria profissional diferenciada** foge do natural paralelismo sindical, causando uma assimetria na regra geral, para atingir apenas os empregados que tenham sindicatos que os reúnam

por profissão, ofício ou função, levando em conta as peculiaridades de cada uma. A convenção coletiva só atingirá a categoria diferenciada se o sindicato que a representa tiver participado, já que o negócio jurídico só faz lei entre as partes convenentes – Súmula 374 do TST.

Os **profissionais liberais** fazem parte da categoria diferenciada, já que além de muitos terem estatuto legal regulamentando a profissão (advogados, médicos, engenheiros etc.), também têm sindicato próprio.

Havendo **desdobramento de categorias** profissionais, as novas categorias serão representadas por outro sindicato, que elaborará novas normas coletivas. Neste caso, o empregador pode deixar de aplicar a antiga norma, aguardar a nova, para aplicá-la, uma vez que as normas só obrigam as partes convenentes ou acordantes. Há quem se posicione de forma diversa, advogando que nesses casos deve-se aplicar a norma coletiva vigente na época do desdobramento até o final de sua vigência e só depois de findo o prazo de sua expiração e havendo nova norma coletiva, o novo instrumento será aplicado.

Base territorial é o limite geográfico de atuação dos sindicatos, que limita também sua representação. Quando a base é ampliada também é alargada a área de atuação sindical. O inverso também é verdadeiro.

Nem sempre a aplicação da norma coletiva (acordo ou convenção) é o mesmo da base territorial do sindicato, isso porque nem sempre a base territorial de um convenente coincide com a do outro. Há sindicatos que têm base municipal e negociam com outro que tem base estadual.

As normas coletivas não podem ser aplicadas territorialmente além dos limites da base dos dois sindicatos e não havendo coincidência de bases, a aplicação estará limitada àquela de menor amplitude de qualquer dos dois sindicatos.

Para as empresas que têm estabelecimentos situados em diversas bases territoriais será aplicada a norma coletiva confeccionada em cada base territorial pelos respectivos sindicatos, mesmo que umas sejam mais favoráveis que outras.

A mudança total de uma empresa para outra base territorial a desobriga do cumprimento da norma coletiva anterior, passando a vincular-se ao sindicato da nova base territorial, bem como às normas por este estabelecidas, mesmo que menos favoráveis aos trabalhadores transferidos.

Pelos mesmos motivos, os empregados transferidos de uma filial para outra, que tenham base territorial diversa, passam a ser atingidos pelas normas coletivas na nova base, perdendo os direitos previstos na antecedente, mesmo que mais favoráveis, pois as normas coletivas só obrigam as partes convenentes. Em regra, a base territorial é aquela em que o empregado trabalha, logo, se for transferido, sua base poderá ser alterada.

De forma diversa aqueles que defendem que as normas coletivas vigentes na época da transferência devem ser aplicadas até o final da vigência da norma coletiva, para, só depois, se aplicar a norma da nova base territorial.

8. GREVE

8.1. Conceito

Greve é a cessação coletiva e voluntária do trabalho, decidida por sindicatos de trabalhadores assalariados de modo a obter ou manter benefícios ou para protestar contra algo.

De acordo com o art. 2º da Lei 7.783/89:

> **Art. 2º** Para os fins desta Lei, considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.

8.2. Origem da palavra

A expressão tem origem no francês *grève*, com o mesmo sentido, proveniente da *Place de Grève*, em Paris, na margem do Sena, lugar de embarque e desembarque de navios onde vários gravetos eram trazidos pelo rio Sena. O termo *grève* significa originalmente "terreno plano composto de cascalho ou areia à margem do mar ou do rio".

Nesta praça os trabalhadores se encontravam, debatiam e deliberavam sobre as medidas a serem tomadas para interesse do grupo. Alguns empregadores também compareciam na *Place de Grève* quando queriam contratar mão de obra.

8.3. Finalidade

A greve é a exteriorização do conflito existente entre a classe trabalhadora e o patrão acerca das questões pendentes que, apesar das tentativas de negociação, persistem. Sua finalidade é a de pressionar o patrão, pois a suspensão coletiva do trabalho traz enormes prejuízos.

Alguns a consideram como instrumento de **autotutela** e outros como demonstração de força, por instrumentos de pressão e "barganha, para se obter um acordo favorável aos próprios interesses". Na verdade, é uma arma essencial na luta de classe. A greve é uma demonstração de força e união da classe trabalhadora, "de natureza violenta", mas controlada, "compreendida e consentida", no dizer de Segadas Vianna. Justifica-se pela necessidade social de se balancear a questão da hipossuficiência tanto financeira quanto política dos trabalhadores em face do poder econômico do patrão.

8.4. Suspensão do contrato de trabalho

Durante o período de greve os contratos de trabalho permanecem suspensos, isto é, seus efeitos ficam absolutamente paralisados – art. 7º da Lei 7.783/89.

8.5. Requisitos

Abaixo, transcrevemos de forma extremamente sucinta o procedimento necessário para deflagração do movimento grevista de forma legítima.

Insatisfação – provocação do sindicato – convocação de assembleia – deliberação (quórum) – pauta de reivindicações – tentativa de negociação diretamente com o patrão – negociação frustrada – nova assembleia – deliberação pela greve – comunicação no prazo legal à entidade patronal, ao patrão e à comunidade (conforme o caso) – greve.

Portanto, a greve é um recurso que só pode ser utilizado depois de frustrada a negociação ou a arbitragem, demonstrada de forma satisfatória – OJ 11 da SDC do TST, sob pena de ser considerada abusiva.

A convocação para qualquer assembleia deve ser amplamente divulgada – OJs 22, 28 e 35 da SDC do TST e, segundo alguns, o quórum deverá ser o estabelecido no art. 612 da CLT, que estaria vigente mesmo após a CRFB – OJ 13 da SDC do TST (já cancelada). Outros, em sentido contrário, afirmam que o art. 612 da CLT não foi recepcionado pela Constituição de 1988, devendo ser respeitado o quórum previsto no estatuto, como, aliás, prevê expressamente o art. 4º, § 1º, da Lei 7.783/89, não gerando dúvidas a respeito do tema.

Outra exigência é a necessária notificação antecedente da decisão, como exige o art. 3º da Lei 7.783/89, que se refere ao tema expressamente:

> **Art. 3º** Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.
>
> Parágrafo único. A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, da paralisação.
> (...)
>
> **Art. 13.** Na greve, em serviços ou atividades essenciais, ficam as entidades sindicais ou os trabalhadores, conforme o caso, obrigados a comunicar a decisão aos empregadores e aos usuários com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas da paralisação.

8.6. Legitimidade

A titularidade do direito de greve é dos trabalhadores, pois a eles compete decidir sobre a oportunidade, a conveniência e os interesses que, por meio da greve, devem ser defendidos.

Portanto, os trabalhadores não podem deflagrar a greve diretamente, pois a legitimidade (art. 8º, VI, da CRFB) foi garantida às associações sindicais – **sindicato**, **federação e confederação**.

Todavia, na ausência destas, poderão os trabalhadores constituir **comissão de negociação** a fim de prosseguir o procedimento grevista – art. 4º da Lei 7.783/89 c/c o art. 617 da CLT. Entende-se por ausência dos entes sindicais a recusa em assumir as negociações, na forma do art. 617 da CLT, bem como a inexistência de sindicato representativo.

8.7. Limitação do direito de greve

Há algumas restrições ao direito de greve. As mais importantes encontram-se na própria Constituição, limitando o direito dos trabalhadores em serviços essenciais – art. 9º, § 1º, da CRFB c/c os arts. 11, 12 e 13 da Lei 7.783/89.

> **Art. 10.** São considerados serviços ou atividades essenciais:
> I – tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
> II – assistência médica e hospitalar;
> III – distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
> IV – funerários;
> V – transporte coletivo;
> VI – captação e tratamento de esgoto e lixo;
> VII – telecomunicações;
> VIII – guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
> IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais;
> X – controle de tráfego aéreo;
> XI – compensação bancária.
>
> Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, **a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade** (grifo nosso).
> **Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população** (grifo nosso).
>
> Art. 12. No caso de inobservância do disposto no artigo anterior, o Poder Público assegurará a prestação dos serviços indispensáveis.
>
> Art. 13 Na greve, em serviços ou atividades essenciais, ficam as entidades sindicais ou os trabalhadores, conforme o caso, obrigados a comunicar a decisão aos empregadores e aos

usuários com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas da paralisação.

A Constituição também determina a imputação de penas aos abusos cometidos ao direito à greve – art. 9º, § 2º, da CRFB.

Sobre greve abusiva, falaremos mais adiante.

Outra restrição constitucional foi dirigida aos **servidores públicos** – art. 37, VI e VII, da CRFB, que determina que "o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei **específica**" (acrescida pela EC 19/98).

De acordo com a doutrina majoritária e antigo posicionamento do STF, essa era uma norma de eficácia limitada, pois dependia de norma infraconstitucional que regulamentasse tal direito, apesar do expresso comando contido no art. 5º, § 1º, da CRFB.

Até o dia 25/10/2007 vários Mandados de Injunção tinham sido julgados pela Corte Maior, com decisões que apenas se limitavam a declarar a omissão e a mora legislativa.

Todavia, a partir do julgamento dos Mandados de Injunção 670/ES e 712/PA, o STF abandonou a antiga e pacífica opinião de que a medida (Mandado de Injunção – MI) serviria apenas para que o Judiciário declarasse a mora do legislador, notificando-o quanto à sua inércia, com o objetivo de editar lei necessária à viabilização de um direito constitucionalmente garantido. Nessa esteira de raciocínio foram julgados os MI 20-4/95-DF e MI 438/94-GO, que se referiam ao direito de greve do servidor público. A decisão reconhecia a omissão e notificava o Poder Legislativo para que atuasse de modo concreto, editando norma para suprir a omissão. Naquela época, o STF defendia que o inc. VII do art. 37 da CRFB era norma de eficácia limitada, dependente de lei infraconstitucional (lei complementar).

Novos paradigmas foram adotados a partir do julgamento dos MI 670/ES e 712/PA, que reconheceu expressamente o direito de greve do servidor público, sob o argumento de que a omissão legislativa (mais de 19 anos sem confeccionar a lei específica exigida pela Constituição) não poderia servir de obstáculo à realização de um direito assegurado constitucionalmente: greve do servidor público. Diante desse novo entendimento, o STF passou a defender a natureza jurídica constitutiva da sentença proferida no mandado de injunção, para suprir a omissão do legislador, elaborando a norma faltante. Nesse caso, pode ser adotada a eficácia *erga omnes* (isto é, com alcance de todos) ou limitada à situação concreta. A medida, segundo o Supremo, não invadiria a competência legislativa do Congresso (art. 2º da CRFB), pois a decisão teria apenas função normativa, mas não legislativa. Com isso, passou-se a admitir a **regulamentação supletiva de caráter normativo** quando houver omissão inconstitucional do legislativo.

De acordo com a decisão proferida em 25/10/2007, é possível a aplicação da Lei 7.783/89, com as devidas adaptações, pois devem ser observadas as peculiaridades do servidor público. A decisão não atingiu apenas o caso concreto (afastou-se da teoria concretista), já que atinge a todos – *erga*

omnes. Resta saber como estabelecer limites e parâmetros do exercício do direito de greve do servidor público usando a Lei 7.783/89 como pano de fundo. A tarefa é árdua e foi dirigida aos exegetas e ao Judiciário, pois a decisão do Supremo, nas palavras do Ministro Eros Grau, é "norma enunciada como texto normativo, logo, sujeita a interpretação pelo seu aplicador".

8.8. Greve abusiva ou ilícita

A greve é um direito a ser exercido de acordo com o interesse do grupo. Por conta de sua natureza jurídica (direito) discute-se na doutrina se a greve pode ser declarada ilegal.

A discussão perdeu sentido após o art. 187 do Código Civil de 2002, pois a nova lei equiparou o ato ilegal ao abusivo. Ademais, a simples adesão à greve de acordo com a lei não pode ser considerada abusiva, na forma do art. 188, I, do CC.

Portanto, as expressões **greve abusiva** ou **greve ilegal** são sinônimas.

Considera-se ato abusivo a ocupação ameaçadora de estabelecimentos, setores ou da empresa; sabotagem ou boicote aos serviços da empresa e associados; piquete obstativo ou depredatório do patrimônio do patrão; agressão física ou moral aos colegas, aos superiores hierárquicos ou empregadores; emprego de violência contra os colegas; depredação do patrimônio do empregador ou inutilização de suas mercadorias, isto é, qualquer ato contra seu patrimônio; prática de falta grave e delitos criminais; desrespeitar os prazos, condições e regras determinadas pela Lei 7.783/89; permanecer em greve depois de aceito o acordo coletivo etc. As OJs 1 (cancelada), 10, 11, e 38 da SDC apontam outros casos de abusividade da greve.

[1] Godinho divide os direitos trabalhistas previstos em lei em duas espécies, os de "indisponibilidade absoluta" e aqueles de "indisponibilidade relativa". Defende que só os direitos trabalhistas de indisponibilidade relativa poderão ser negociados e, em consequência, transacionados. Os direitos de indisponibilidade absoluta, segundo o autor, não poderão ser negociados, por constituírem um patamar mínimo civilizatório. Segundo o autor, este se divide em três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: normas constitucionais em geral; as normas de tratados e convenções internacionais vigorantes no plano interno e normas legais infraconstitucionais. Considera como de indisponibilidade absoluta a assinatura da CTPS, o salário mínimo ou bases salariais mínimas; normas antidiscriminatórias e de identificação profissional; os direitos previstos nas convenções internacionais do trabalho; as normas de medicina e segurança do trabalho e demais normas constitucionais em geral, com algumas ressalvas. *Ibidem*, p. 1296-1299.

[2] Assim também as Súmulas 437, II, e 449 do TST.

[3] O art. 59 da CLT limita em duas horas diárias o acordo de compensação.

[4] O PSE extingue-se em 31/12/18 e com ele todo o regulamento do programa trazido pela Lei 13.189/17.

[5] A Lei 13.189/17 autoriza a redução de até 30% do salário, mas 50% deste valor será pago trabalhador com recursos do FAT (Fundo de Amparo do Trabalhador), limitado a 65% do valor do seguro desemprego. Podem aderir ao PSE as empresas de todos os setores em situação de dificuldade econômico-financeira que celebrarem acordo coletivo de trabalho específico de redução de jornada e de salário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Globalização e Estado Contemporâneo*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

ALMEIDA, Amador Paes de. *CLT Comentada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

ALMEIDA, Ísis de. *Manual de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. "Problemas de Direito Civil e Constitucional". In *A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor*: um estudo de direito civil constitucional. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ALVES, Amauri César. *Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista*. São Paulo: LTr, 2004, p. 89.

ARAUJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ASSE, Vilja Marques. "Um fenômeno chamado psicoterrorismo". *Revista LTr*, 68-07, jul. 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Amaro. *Tutela geral do trabalho*. Rio de Janeiro: Rio, 1964.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho. Peculiaridades, Aspectos controvertidos e tendências*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BARROS, Felipe Luiz Machado; BRAGA, Peterson Fernandes. *Os tratados internacionais em matéria tributária*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3897>. Acesso em: 19 fev. 2007.

BARROSO, Luis. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, outubro de 2002. Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208. Acesso em: 12/12/2006.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BEBBER, Júlio César. *Princípios do Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

BERNARDES, Hugo Gueiros. *Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1989, v. 1.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

CAMPINHO, Sérgio. *Sociedade por cotas de responsabilidade limitada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

CARMO, Júlio Bernardo do. "Da eficácia liberatória da quitação advinda de homologação de rescisão contratual". São Paulo: Revista LTr, março de 1994.

CARPENA, Heloísa. *Abuso de direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 28. ed., atual. Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Metódo, 2016.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972.

_____. *Tratado elementar de direito sindical*. São Paulo: LTr, 1977.

COMPARATO, Fábio Konder. *Função social da propriedade e dos bens de produção*. Dicionário Empresarial – estudos e pareceres, 1990.

_____. "Estado, empresa e função social". Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 85, RT n. 732, 1996.

_____. *A reforma da empresa*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. "A reforma da empresa". Rio de Janeiro: *Revista Forense*, nº 290, 1985.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Coord.) *Direito do Trabalho contemporâneo*. Flexibilização e efetividade. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. "A Convenção 132 da OIT e seus reflexos". *Revista Synesis*, 34/2002.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: Forense, 2015.

GIGLIO, Wagner D. *Justa causa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Justa causa*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1993.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. Revisado por José Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONDIN, Regina. *Natureza jurídica da solidariedade*. Rio de Janeiro: Conquista, 1958.

GRUNSPUN, Haim. *O trabalho das crianças e dos adolescentes*. São Paulo: LTr, 2000.

HOLANDA, A. B. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Manual de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Manual de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LAMARCA, Antônio. *Contrato individual de trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

_____. *Manual das Justas Causas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

LACERDA, Dorval. *A renúncia no Direito do Trabalho*. São Paulo: Max Limonad.

_____. "Aspectos jurídicos do contrato de trabalho". Rio de Janeiro: *Revista do Trabalho*, 1941.

_____. *A falta grave no Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: Edições Trabalhistas, 1976.

MAGANO, Otávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. Direito Individual do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 1992, v. 2.

_____. "Fundo de Garantia do Tempo de Serviço". *Boletim IOB*, 30 jan. 1nº 1990.

_____. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982.

MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getulio Vargas, 1983.

_____; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. *Direito do Trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1998.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo, 2001.

_____. *Comissões de conciliação prévia e procedimento sumaríssimo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Comentários às Súmulas do TST*. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito do Trabalho*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Processo coletivo do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996.

_____. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. "Aspectos jurídico-políticos da globalização". *Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, v. 2, n. 2, dez. 1996.

_____. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

MELO, J. T. Almeida. "Julgamento por equidade". In *O sino de Samuel*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1970, tomo VI.

_____; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2003.

_____. *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: LTr, 2001.

_____. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: LTr, 2002.

NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. *O assédio moral no ambiente do trabalho*. São Paulo: Revista LTr. n. 8, 2004.

NORRIS, Roberto; DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações no Processo do Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

PEDREIRA, Pinto. "O teletrabalho". *Revista LTr*. v. 64, n. 5. São Paulo: LTr, maio 2000.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. *Elementos para uma interpretação constitucional renovada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PEREZ, Viviani. *A função social da empresa: uma proposta de sistematização do conceito. Trabalho final de disciplina de direito civil*. Mestrado pela Uerj, 2005.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.

PRUNES, José Luiz Ferreira. *Contrato de Trabalho Doméstico e Trabalho a Domicílio*. Curitiba: Juruá, 1995.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Estudo Preliminar. In BUEN, Nestor de (coord.). *A solução dos conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 1986.

_____. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1978.

ROMITA, Arion Sayão. *O poder disciplinar do empregador*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

_____. *Direito do trabalho – Temas em aberto*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Os direitos sociais na Constituição e outros estudos*. São Paulo: LTr, 1991.

_____. *O princípio da proteção em xeque*. São Paulo: LTr, 2003.

_____. *Direitos Fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

_____; *et al*. *Consolidação das Leis do Trabalho Anotada*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Princípios gerais de Direito Sindical*. Rio de Janeiro: 1995.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad Castelo. *CLT Comentada*. 37. ed. São Paulo: LTr, 2004.

_____; CASTELO, Ana Maria Saad. *CLT comentada*. 39. ed. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho comentada*. São Paulo: LTr, 1993.

_____. "Das comissões de conciliação prévia", *Suplemento LTr*, 043/00.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

_____. "Os princípios do direito coletivo do trabalho". *Revista LTr*, 63-02, fev. 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Direito Internacional do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Instituições de Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000, v. 2,

_____. *Instituições de Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003, v. 1.

_____. MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999, v. 1.

VALENTIM, João Hilário. "Teletrabalho e relações de trabalho". In *Revista Gênesis de Direito do Trabalho*. Curitiba: Gênesis, 1999.

Outras referências

Bureau of Labor Statistics, *Folha de S. Paulo* de 14/2/96.

Jornal *O Globo* de 30/7/2006.

Jornal *O Globo* de 25/8/2006.

Jornal *O Globo* de 8/8/2006.

Jornal *O Globo* de 22/12/2004.

Revista *Veja* de 7/7/99.

Revista *Veja* de 26/7/2006.

Revista *VOCÊ S/A*, dez. 2003.

Site consultado em 16/11/2003: http://www.mte.gov.br/Temas/conciliacao/Legislacao/Conteudo/nota.asp.

Site consultado em 22/7/2006: http://www.ibge.gov.br/

Site consultado em 21/11/2003: www.tst.gov.br